DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
Consejo de la Judicatura Federal

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal

Consejero J. Guadalupe Tafoya Hernández
Consejero Daniel F. Cabeza de Vaca Hernández
Consejero Manuel Ernesto Saloma Vera
Consejero César Esquinca Muñoa

Magistrado Luis Fernando Angulo Jacobo
Secretario Ejecutivo del Pleno y de la Presidencia

Mtra. María Jacqueline Martínez Uriarte
Directora General de Derechos Humanos, Equidad de Género y Asuntos Internacionales

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Héctor Fix-Fierro
Director

Dra. Mónica González Contró
Secretaria académica

Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos
Jefa del Departamento de Publicaciones

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica, Núm. 693

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: José Antonio Bautista Sánchez
Cuidado de la edición: Gilda Bautista Ravelo, Leslie Cuevas Garibay, Jaime García Díaz, Rosa María González Olivares, Chistopher Raúl Martínez Santana, Ricardo Hernández Montes de Oca, Karla Beatriz Templos Nuñez
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez
Diseño de interiores y portada: Edith Aguilar Gálvez
Apoyo editorial: Héctor Yeraldo Arias Alamilla, Mayra Elena Domínguez Pérez, Cora Guadalupe Gracia Rosas, Ayax Gutiérrez Villascán

Diccionario *de* Derecho Procesal

Constitucional y Convencional

TOMO II

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Fabiola Martínez Ramírez
Giovanni A. Figueroa Mejía
(Coordinadores)







Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal
Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 24 de abril de 2014

Insurgentes Sur 2417, col. San Angel, Delegación Álvaro Obregón,
01000 México, D. F.

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

Al doctor Héctor Fix-Zamudio,
forjador indiscutible de la ciencia del derecho procesal constitucional, con motivo de su nonagésimo aniversario de fructífera existencia y por sus cincuenta años como investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



CONTENIDO

G ......

H ......

I ......

J ......

L ......

M ......

N ......

O ......

P ......

Q......

R......

S ......

T ......

V ......

W ......

PRESENTACIÓN

Resulta un motivo de satisfacción realizar la presentación del *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, bajo la coordinación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni Figueroa Mejía, que ha tenido a bien ser publicada por el Consejo de la Judicatura Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La obra que el lector tiene en sus manos constituye un esfuerzo colectivo en materia de la ciencia del derecho procesal constitucional y convencional. Por sus características, es un texto indispensable para todos los jueces, operadores jurídicos y estudiosos del derecho. El presente *Diccionario* representa el trabajo de más de 200 autores de 18 países latinoamericanos y europeos, que reúne casi 600 voces en la materia. Así, no solo es un puente entre la jurisdicción interna y la internacional, sino es una significativa aportación al análisis de los asuntos relacionados con los derechos humanos.

La progresividad y expansión que han tenido el derecho procesal constitucional y los derechos humanos en los últimos años resultan innegables, por lo que las aproximaciones serias a esta disciplina son condición inexcusable para la comprensión de las categorías básicas que son objeto de su estudio.

Una de las tareas pendientes es definir el papel del juez en un Estado democrático y constitucional, quien con su labor interpretativa y de aplicación construye y reconstruye las normas, dotando de contenido a los derechos humanos.

La tarea de las y los impartidores de justicia consiste, por lo tanto, en tutelar y aplicar de manera irrestricta los principios constitucionales con apoyo en los mecanismos legales, constitucionales y convencionales de diversa índole, previstos para tal efecto.

Así, es claro que los jueces nacionales tienen la responsabilidad central de salvaguardar los derechos humanos en un Estado, entendido este último como un verdadero fenómeno social y cultural.

Los recientes cambios en el sistema normativo y de fuentes propiciados en México a partir de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos del 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente, permiten el encuentro con la disciplina denominada derecho procesal constitucional, discutiendo temas relevantes que surgen en torno al mismo.

La figura del juez impone como premisa irrecusable de su actividad, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, generando una conexión directa entre el derecho constitucional y el derecho internacional y convirtiéndolo en juez constitucional y juez interamericano.

Asimismo, el contexto de los compromisos internacionales, del análisis del expediente 912/2010, relativo al cumplimiento de la sentencia de *Rosendo Radilla* dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la contradicción de tesis 293/2011, en donde se ha interpretado la jerarquía de las normas en México, permite afirmar desde la experiencia mexicana, que los tribunales constitucionales son determinantes en la construcción y progresividad de los derechos, asumiendo la responsabilidad histórica de su respeto y garantía, generando con ello nuevos derroteros en los criterios interpretativos, sustantivos y adjetivos que permitan la eficacia de los mismos.

A partir de dichos pronunciamientos, se hace evidente la necesidad de asegurar y determinar que las obligaciones internacionales fomentan una debida articulación entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que implica un proceso dinámico de reflexión y reinterpretación del derecho, a la luz de un sistema de fuentes diverso, y en el cual se produce un interesante e intenso influjo entre cortes nacionales e internacionales, a lo que la doctrina ha denominado el "diálogo jurisprudencial".

Debemos, por lo tanto, entender el presente esfuerzo, como la descripción de los conceptos fundamentales en torno a la disciplina constitucional, procesal e internacional, pero además, como una herramienta importante para jueces, juezas, magistrados y magistradas, obligados a garantizar diariamente los derechos fundamentales, por medio del ejercicio cotidiano de integración normativa que les corresponde.

Sin duda alguna, las contribuciones de todos los autores y de los coordinadores motivarán al análisis, la difusión y el estudio en relación con el nuevo paradigma de los derechos humanos.

En este marco, resulta particularmente importante la participación del Consejo de la Judicatura Federal, partícipe en la generación de una herramienta de apoyo para las y los juzgadores, ya no solo constitucionales o convencionales, sino ahora también encargados explícitos de proteger los derechos humanos.

Abril de 2014
Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal



NOTA INTRODUCTORIA

Se cumplen setenta años de la aparición del libro *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional),* en el que Niceto Alcalá-Zamora y Castillo utilizara por primera vez en Argentina la expresión "derecho procesal constitucional", por lo menos en el título de la obra;[1] y que luego, especialmente en México, en su clásico *Proceso, autocomposición y autodefensa* dejara con claridad su postura sobre la existencia de una nueva rama procesal.[2]

Esto significó el comienzo de un largo camino en la consolidación científica del derecho procesal constitucional, con aportes muy significativos de Kelsen, Couture, Calamandrei, Cappelletti y particularmente del jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, que en su tesis de licenciatura de 1955 realiza el primer estudio sistemático sobre la materia, para establecer que el juicio de amparo debe estudiarse conjuntamente con las demás garantías constitucionales dentro de la nueva disciplina del derecho procesal constitucional.[3] La riqueza de ese ensayo del investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y discípulo directo de Alcalá-Zamora resulta invaluable para sentar las bases de lo que hoy es el *derecho procesal constitucional*.

Esta disciplina ha tenido un notable desarrollo en los últimos años, quedando incorporada en programas de estudio de licenciatura y posgrado, especialmente en numerosas universidades latinoamericanas. Su objeto de estudio es cada vez más amplio por los aportes de autoras y autores que se dedican al análisis de los ins-

[1] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional),* Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.

[2] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución a los fines de estudio del proceso),* México, UNAM, 1947, p. 207.

[3] Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo,* México, 1955.

trumentos procesales encargados de hacer efectivos los contenidos de la Constitución, así como a través de la creación de institutos o asociaciones científicas en la materia, propiciando su interés, estudio y difusión.

Uno de los desafíos más importantes que hoy enfrenta la disciplina es la interacción con el derecho internacional en general, particularmente con el derecho internacional de los derechos humanos. Ante la ausencia de un diccionario sobre esta pujante disciplina que atienda a los nuevos retos que enfrenta, los coordinadores coincidimos en la necesidad de contar con un *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, que se convirtiera en instrumento de consulta útil y a la vez sencilla, a manera de una primera aproximación sobre los diversos tópicos que la engloban, dirigida no solo a los estudiantes y profesores universitarios, sino también a los juzgadores, abogados y, en general, a los operadores jurídicos, que día a día se enfrentan a la complejidad social, política y jurídica que encierra esta disciplina.

En ese contexto, y derivado de la trascendental reforma constitucional mexicana de junio de 2011 en materia de derechos humanos, en ese mismo año se inició la planeación del texto con el proceso de selección de aquellas voces que consideramos necesarias incorporar en un diccionario de esta naturaleza, que englobe los diversos enfoques de convergencia del derecho procesal, constitucional y convencional; durante los siguientes dos años se invitó a participar a quienes son considerados precursores, maestros, especialistas y conocedores de los temas que integrarían este caro proyecto.

El resultado es la obra que hoy presentamos, con cerca de 600 voces y con la participación de 201 autoras y autores de Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Estados Unidos, Inglaterra, Italia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República del Congo y Venezuela. Por la complejidad de este esfuerzo colectivo, un importante número de voces no pudieron incorporarse en esta primera edición, sea porque se recibieron cuando el diccionario se encontraba editado, o por la dificultad de redactarlas por algunos autores. En todo caso, las voces no incluidas por esas razones y las que confiamos se completen, se integrarán eventualmente en una futura edición.

Las voces se han organizado en orden alfabético, de tal manera que el interesado pueda realizar una lectura secuencial que facilite su búsqueda, sin que ello signifique la ausencia de un diseño racional de relación entre los términos incluidos, debido a que dicho enfoque ha estado presente desde el momento de la selección de cada voz, sin olvidar que el *Diccionario* resulta muy representativo, en virtud de la especialidad de quienes contribuyeron en su integración.

Quienes hemos tenido el honor de coordinar este esfuerzo común, y seguramente todos los que lo han hecho posible, nos sentimos satisfechos por el resultado obtenido, debido a que las y los participantes han logrado exponer de manera clara el contenido y alcance de cada locución, desde un contexto histórico, jurídico y social, así como desde una perspectiva de derecho comparado, siempre que la voz no tuviera un enfoque esencialmente nacional o regional.

Nuestro profundo agradecimiento a quienes generosamente aceptaron participar en el *Diccionario*. Reconocemos su capacidad de síntesis y el haber logrado identificar los elementos esenciales en cada término. De igual manera, agradecemos a quienes realizaron las traducciones de otros idiomas al español por su importante labor.

Dejamos constancia de gratitud a la maestra Jacqueline Martínez por su decidido apoyo en este proyecto, así como al maestro José Manuel Chavarín Castillo y a la licenciada Claudia Viridiana Hernández Torres por el esfuerzo emprendido.

La presente obra no hubiera sido posible sin el esfuerzo institucional conjunto del Consejo de la Judicatura Federal y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Nuestro profundo agradecimiento y reconocimiento al ministro Juan N. Silva Meza por su indeclinable y decidida labor como presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para ir construyendo, día a día, en su labor jurisdiccional y administrativa, el nuevo paradigma constitucional a favor de la dignidad humana, que estamos seguros marcará el devenir histórico de la Décima Época jurisprudencial; así como al doctor Héctor Fix-Fierro, por su muy destacada labor en los últimos ocho años como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Como no puede ser de otra manera, dedicamos este *Diccionario* a nuestro querido maestro don Héctor Fix-Zamudio, indiscutible

forjador de la ciencia del derecho procesal constitucional, por sus noventa años de fructífera existencia, en los que ha sido y seguirá siendo un ejemplo a seguir como académico y ser humano excepcional.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Fabiola Martínez Ramírez
Giovanni A. Figueroa Mejía

Ciudad de México, abril de 2014

COLABORADORES

Ackerman Rose, John Mill
Acuña, Juan Manuel
Aguilar López, Miguel Ángel
Aguilar Morales, Luis María
Aguilar Sánchez, José Antonio Abel
Álvarez Toledo, Daniel
Anaya, Enrique
Angulo Jacobo, Luis Fernando
Arellano Hobelsberger, Walter
Arreola Zavala, Juan Manuel
Astudillo, César
Ávila Ornelas, Roberto
Ayala Corao, Carlos
Báez Silva, Carlos
Bagni, Silvia
Bazán, Víctor
Binder, Christina
Bogdandy, Armin von
Bordalí Salamanca, Andrés
Caballero, José Antonio
Cabeza de Vaca Hernández, Daniel Francisco
Cano López, Luis Miguel
Canosa Usera, Raúl
Carbonell, Miguel
Cárdenas Ramírez, Francisco Javier
Carmona Tinoco, Jorge Ulises

Carrazco Mayorga, José Ricardo
Casarín León, Manlio Fabio
Castellanos Hernández, Eduardo de Jesús
Castellanos Morales, Ethel Nataly
Castillo Sánchez, Camilo Ernesto
Chanut Esperón, Cynthia
Chavarín Castillo, José Manuel
Chudyk Rumak, Natalia
Cienfuegos Salgado, David
Collí Ek, Víctor Manuel
Cosimo, Eloisa Denia
Cruz, Jorge
Cruz Martínez, Mario
Cruz Razo, Juan Carlos
Díaz-Aranda, Enrique
Díaz Revorio, Francisco Javier
Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel de
Drigo, Caterina
Elizondo Gasperín, Ma. Macarita
Enriquez Soto, Pedro Antonio
Escobar Fornos, Iván
Eto Cruz, Gerardo
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo
Fernández Rodríguez, José Julio
Figueroa Mejía, Giovanni A.
Fix-Fierro, Héctor
Fix-Zamudio, Héctor
Frosini, Justin O.
Galván Rivera, Flavio
García Belaunde, Domingo
García Ramírez, Sergio

García Roca, Javier
García Ruiz, María de Lourdes
Giacomette Ferrer, Ana
Gómez, Mara
González Blanco, Carlos
González Galván, Jorge Alberto
González Martín, Nuria
González Oropeza, Manuel
González Pérez, Luis Raúl
Gozaíni, Osvaldo A.
Guastini, Riccardo
Guevara Bermúdez, José Antonio
Gutiérrez Contreras, Juan Carlos
Gutiérrez Zapata, Iván Carlo
Guzmán, Ángeles
Hernández Aguirre, Gerardo Enrique
Hernández Chong Cuy, María Amparo
Hernández Torres, Claudia Viridiana
Herrera García, Alfonso
Huerta Ochoa, Carla
Ibarra Palafox, Francisco
Jaeger-Fine, Toni
Kurczyn Villalobos, Patricia
Landa Arroyo, César
Lara Guadarrama, Mauricio
Lara Ponte, Rodolfo
Luna Ramos, José Alejandro
Madero Estrada, José Miguel
Márquez, David
Martínez Bullé Goyri, Víctor M.
Martínez Vázquez, José Armando

Medina Arellano, María de Jesús
Mendoza García, Isidro
Mendoza Montes, Miguel
Meza Pérez, Jorge
Morales Sánchez, Julieta
Nava Gomar Salvador, O.
Nieto Castillo, Santiago
Nogueira Alcalá, Humberto
Olano García, Hernán Alejandro
Orozco Solano, Víctor
Ortecho Villena, Víctor Julio
Ortega Velázquez, Elisa
Paredes Paredes, Felipe
Pavani, Giorgia
Pegoraro, Lucio
Pelayo Moller, Carlos María
Penagos López, Pedro Esteban
Pennicino, Sara
Pérez Vázquez, Carlos
Ragone, Sabrina
Rangel Hernández, Laura
Rivera Hernández, Juan
Rivera Santiváñez, José Antonio
Rivero Evia, Jorge
Rodríguez Manzo, Graciela
Rolla, Giancarlo
Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del
Sáenz Dávalos, Luis R.
Saíd, Alberto
Salazar Andreu, Juan Pablo
Salgado, Eréndira

Sánchez Pérez del Pozo, Ricardo
Santes Magaña, Graciela Rocío
Santos Flores, Israel
Serna de la Garza, José Ma.
Silva Meza, Juan N.
Soberanes Fernández, José Luis
Tajadura Tejada, Javier
Téllez Valdés, Julio
Tolentino, R.
Toro Huerta, Mauricio I. del
Tron Pëtit, Jean Claude
Vallarta Vázquez, María
Vázquez Gómez Bisogno, Francisco
Vega Gómez, Juan
Vigo, Rodolfo
Zambrana Castañeda, Andrea
Zilbeti Pérez, Maider
Zúñiga Mendoza, José Artemio
Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo

G



Garantía de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica significa la estabilidad del ordenamiento jurídico que rige un Estado, la cual debe contener normas que tengan permanencia y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y los ciudadanos.

I. *Elementos. a)* La certeza jurídica: significa la existencia de un conocimiento seguro, claro y evidente de las normas jurídicas existentes; *b)* la eficacia del derecho: significa que las normas jurídicas tengan la capacidad de producir un buen efecto, y *c)* la ausencia de arbitrariedad: significa que al aplicar las normas jurídicas prevalezca la justicia.

II. *La seguridad jurídica como principio, como valor y como derecho fundamental. a)* Como principio. Es un derecho universalmente reconocido y que se entiende como certeza práctica del derecho; *b)* como valor. Es un valor ético, desde dos vertientes, vinculados al valor de la justicia y al valor de la dignidad personal, y *c)* como derecho fundamental. Si bien la seguridad jurídica no es un derecho fundamental, tiene la calidad de derecho humano y, en cada país, de derecho constitucional.

III. *Titulares activos del derecho a la seguridad jurídica. a)* Los ciudadanos. En la realidad, los ciudadanos son los más inseguros, dada la inestabilidad jurídica (normas promulgadas por sorpresa y en función de la conveniencia de grupos de interés, de presión y de poder). Por consiguiente, los ciudadanos son los primeros titulares del derecho en exigir la seguridad jurídica, ya sea en forma individual o en forma colectiva, haciendo para ello uso del derecho de petición, libertad de expresión y opinión, o de los derechos de reunión, manifestación y de protesta; *b)* los partidos políticos. Si en un país existen verdaderos partidos políticos, éstos garantizan un adecuado funcionamiento de la democracia, por consiguiente, garantizar no solamente su existencia sino también su participación política. Lastimosamente, en el caso de Perú y algunos países sudamericanos, actualmente no existen verdaderos partidos, sino simplemente agrupaciones y alianzas electoreras, y *c)* las organizaciones de la sociedad civil. En la llamada sociedad civil se ubican las organizaciones sindicales, universidades, colegios profesionales, ONG, etcétera. Ellas requieren, de seguridad jurídica en el caso de sus actuaciones, reclamos, etcétera.

IV. *Quienes deben dar seguridad jurídica*. Están obligados a dar seguridad jurídica: *a)* el Poder Legislativo. Este organismo llamado al realizar su función legisferante debe garantizar que las normas legales que elabore y apruebe sean con pleno respeto de las normas constitucionales. Lastimosamente esto no ocurre en el Perú, entre otras razones, porque desde hace veinte años viene funcionando un sistema unicameral. El Poder Legislativo tiene también la obligación de dar seguridad jurídica en su tarea de fiscalización de los otros poderes y demás órganos del Estado; *b)* el Poder Ejecutivo. Está obligado a dar seguridad jurídica, tanto al momento de promulgar las leves provenientes del Legislativo, así como en su tarea legislativa de expedir decretos legislativos y decretos de urgencia, y *c)* el Poder Judicial, al realizar su labor jurisdiccional, en las diferentes especialidades y en todas sus instancias, al administrar justicia, debe aplicar correctamente las normas y valorar adecuadamente las pruebas ofrecidas por las partes litigantes. Por cierto que no solamente se le

puede exigir seguridad jurídica a los órganos centrales del Estado y a los órganos descentralizados (gobiernos regionales y municipales), sino también a los denominados órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Jurado Electoral, etcétera).

V. *La seguridad jurídica en el derecho comparado*. Es sabido que la mayor parte de las Constituciones europeas tienen consignado en sus normas constitucionales la garantía de la seguridad jurídica, pero en particular debemos señalar el caso de España, que en su art. 9o., inciso 3, establece como un derecho específico la seguridad jurídica. Y en el caso de Suecia, en la teoría y en la práctica, funciona el siguiente lema: "Aquí la ley se cumple y se la respeta".

Nuestra necesaria reflexión es la siguiente: la seguridad jurídica es la base para la seguridad democrática.

VI. La seguridad democrática. Como todo tipo de seguridad, debemos entender que la seguridad jurídica implica riesgos especiales y de mayor nivel que cualquier otro tipo de seguridad.

a) Elementos de la seguridad democrática. Los podemos extraer de los primeros arts. de la Carta Democrática Interamericana que fue suscrita el 11 de setiembre de 2001 en Lima, y contiene los siguientes principios:

— Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

— La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los países de América.

— El ejercicio efectivo de la democracia representativa es base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales.

— Se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética responsable de la ciudadanía.

b) Titulares del derecho a la seguridad democrática. Son los siguientes:

1. La región interamericana.
2. Los Estados.
3. Las regiones nacionales, los Estados federados, las provincias y los pueblos.
4. Los partidos y organizaciones políticas de oposición.
5. Las organizaciones sindicales.
6. Las etnias y las comunidades campesinas.
7. La ciudadanía.

Víctor Julio Ortecho Villena

Garantías procesales electorales

Todos los procesos de control constitucional deben de cubrir diversos requisitos indispensables que constituyen formalidades esenciales, de tal manera que den protección a los intereses adjetivos de las partes. En sentido estricto, se considera que solo los procesos jurisdiccionales forman parte del derecho procesal electoral, sin embargo, no podemos soslayar los procedimientos formalmente administrativos pero materialmente jurisdiccionales, donde conoce de las mismas la autoridad administrativa electoral y no la jurisdiccional.

En materia electoral se distinguen las garantías constitucionales electorales referidas a los derechos sustantivos y las relativas a los derechos procesales. Las Constituciones, de forma general, regulan como derechos sustantivos: las diversas modalidades y características del voto o sufragio; las formas de participación directa o semidirecta; los derechos y deberes políticos; el régimen de los partidos políticos, incluido su financiamiento; así como los requisitos y modalidades para ejercer los cargos públicos.

El estudio de los medios de impugnación es analizado en una disciplina que se ha dado en llamar derecho procesal electoral, que cada vez adquiere mayor autonomía respecto del derecho sustantivo. Asimismo, es de advertir que cada vez aumenta la tendencia hacia la judicialización de las controversias electorales, por ello es relevante el análisis de los elementos mínimos para garantizar un acceso a la justicia electoral y a la tutela judicial efectiva.

Dentro de las garantías procesales electorales encontramos la regulación de las diferentes formas para impugnar o inconformarse con diversos actos vinculados con la materia electoral, dentro de los cuales se podrían considerar, como requisitos mínimos, los siguientes:

1. La existencia de un medio de impugnación para resolver una controversia en materia electoral, bien sea relacionado con el desarrollo de un proceso electoral o con los derechos políticos de un sujeto que se considere afectado. La existencia de medios eficaces de garantía de los derechos constitucionales vinculados a la materia electoral, que incluso algunos forman parte de los derechos humanos. Parte de la premisa de que todo acto es impugnable salvo cuando la misma ley expresamente refiera lo contrario, lo cual, esto último, siempre será la excepción.

2. Publicidad del proceso. Este requisito consiste en que las partes, así como los terceros interesados, puedan tener acceso a las actuaciones judiciales para procurar una mejor defensa de sus derechos. Cada una de las actuaciones en el proceso son hechas no solo del conocimiento de las partes que intervienen, sino del público en general , se enlistan y fijan en los correspondientes estrados del acceso al público.

3. Celeridad en el proceso, es decir, que éste se lleve a cabo sin dilaciones. Dada la naturaleza de la materia electoral, y atendiendo a que los procesos electorales tienen fechas establecidas, es necesario que exista una celeridad en la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse. Asimismo, antes de que la reparación solicitada sea material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales o antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, por lo que los plazos para resolver son fatales sin dilación alguna y sin que exista suspensión de alguna naturaleza.

4. El proceso se inicia a instancia de parte. El juzgador en materia electoral, aun frente a una ley, acto o resolución flagrantemente inconstitucional, nunca podrá oficiosamente pronunciarse. Para que se inicie la función jurisdiccional forzosamente debe existir el ejercicio de la correspondiente acción, a cargo de los sujetos legitimados por la misma Constitución y las leyes secundarias aplicables. Es importante prever en la legislación quiénes son los sujetos legitimados para promover los distintos medios de impugnación, ya sean los

ciudadanos cumpliendo determinados requisitos, los partidos y otras organizaciones políticas, candidatos.

5. Derecho a presentar pruebas y a la valoración de las mismas. Determinar los medios de prueba que pueden ofrecer las partes y, en su caso, la facultad del respectivo órgano electoral para ordenar la diligenciación de pruebas para mejor proveer los sistemas de valoración de pruebas, ya se trate del libre, tasado o mixto,

6. Garantía de audiencia. En materia electoral no puede pasar inadvertida esta garantía constitucional, plasmada en la mayoría de las Constituciones de los países para garantizar la defensa adecuada, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga *se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.* Esta garantía incluye el derecho a conciliarse en temas que así lo permitan y no afecten el interés público, por lo que la justicia alternativa electoral (mediación, conciliación y arbitraje) debe estar presente en todo momento dentro o fuera (previo) del procedimiento contencioso.

En otras palabras, es la protección constitucional con que cuentan las partes para ser oídos y expresar o hacer valer sus razones, ya sea de manera verbal o por escrito.

7. La existencia de un tercero imparcial e independiente, establecido con anterioridad a la controversia que resuelva la misma, ya se trate de un órgano de control de naturaleza jurisdiccional, administrativa o política, o mixto.

8. La definición de la suplencia en la deficiencia de la queja o en la argumentación del respectivo medio de impugnación, cuando se trate de determinados supuestos, por ejemplo, de grupos vulnerables, por cuestiones de género, por tratarse de derechos ciudadanos, derechos comunitarios, etcétera.

9. Derecho a una resolución en plenitud de jurisdicción, implica la definición final y ulterior de una posible cadena impugnativa con la que concluya la controversia en forma definitiva y firme sin reenvío para efectos.

10. Derecho a la ejecución del fallo o sentencia, sin necesidad de implementar procedimientos ilegales posteriores al dictado de la sentencia favorable que hagan nugatorio el ejercicio del derecho.

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

Garantismo judicial

El término garantismo judicial ha sido acuñado principalmente por Luigi Ferrajoli. Al impartir una conferencia en México, en el marco del Congreso *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado,* Ferrajoli sostuvo: "garantismo es una palabra nueva que se ha ido introduciendo poco a poco. Yo la utilicé por primera vez hace 30 o 40 años y ha permeado al léxico jurídico y político, primero en el idioma italiano, ahora también en el español".

El vocablo "garantismo" se refiere "a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales". El concepto garantista fue desarrollado dentro de la materia penal, por lo que inicialmente se desarrolla el concepto de "garantismo penal". Éste surgió en Italia en la segunda mitad de los años setenta

como respuesta al estado de emergencia nacional que propició la reducción del sistema de garantías procesales. En este sentido, el concepto de garantismo se asocia a la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente al poder punitivo del Estado.

Al respecto, Adrián Rentería Díaz considera que el garantismo "…tiene su raíz en la preocupación de Ferrajoli por esclarecer algunos conceptos de la teoría del derecho, y del derecho penal en modo particular, y sentar las bases normativas para el funcionamiento de un sistema penal caracterizado por la tutela de los individuos involucrados, como inculpados, en un proceso penal. Podríamos referirnos a este tipo de garantismo, sin incurrir en excesos analíticos, como el garantismo penal ferrajoliano".

En un sentido más amplio, Ferrajoli sostiene que el garantismo *no es más* que la otra cara del constitucionalismo y el fundamento del régimen democrático. Además, el mismo autor reconoce cuatro dimensiones del concepto: la dimensión política, civil, liberal y social; y cada una de ellas depende de la clase de derechos garantizados.

En *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Ferrajoli distingue tres acepciones aplicables al término.

a) Designa un modelo normativo de derecho. Precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de "estricta legalidad" propio del *Estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es "garantista" todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

b) Teoría del derecho y crítica del derecho. Designa una *teoría jurídica* de la "validez" y de la "efectividad" como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la "existencia" o "vigencia" de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el "ser" y el "deber ser" en el derecho.

c) Filosofía del derecho y crítica de la política. Designa una *filosofía política* que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido, el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre "ser" y "deber ser" del derecho.

Ferrajoli acota que si bien estas tres acepciones tienen una connotación penal, asimismo, tienen un alcance teórico y filosófico general. Así, esos elementos valen también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad —de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral— estructuralmente análogos al penal.

Con respecto a la *triple acepción*, Gascón Abellán sostiene que la teoría general del garantismo puede ser mejor comprendida si es presentada como la conjunción de una cierta *tesis metodológica* en el análisis metajurídico y jurídico, y una cierta *doctrina de filosofía política.* La tesis metodológica es la que mantiene la separación entre el ser y el deber ser. La doctrina de filosofía política es la que entiende al Estado y al derecho como artificios o instrumentos para la tutela y garantía de los derechos naturales (vitales) de los individuos.

En *Epistemología jurídica y garantismo,* Ferrajoli distingue dos implicaciones del modelo garantista de juicio penal que siembran la semilla de lo que podría ser concebido como el *garantismo judicial*:

a) La primera implicación es que el nexo postulado por él, entre verdad, validez y justicia de los actos jurisdiccionales, representa el principal fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del Poder Judicial en el moderno Estado representativo de derecho.

b) La segunda implicación hace referencia a la legitimación del juicio y, consiguientemente, del Poder Judicial. Esta legitimación se funda sobre la aceptabilidad de las motivaciones de los jueces y depende enteramente de las garantías penales y procesales que son, ante todo, garantías de verdad.

Así, en *Democracia y garantismo,* el autor de este "neologismo" advierte que la fuente de legitimación del Poder Judicial se identifica completamente con el sistema de garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —primero entre todos el de estricta legalidad penal— dirigidos a reducir al máximo el arbitrio de los jueces para así tutelar los derechos de los ciudadanos.

La universalidad de los derechos fundamentales y su carácter democrático consiste en el hecho de *garantizar a todos,* y no en el hecho de que sean *aceptados por todos.* Son establecidos precisamente porque no todos aceptan su carácter democrático y su rol de garantía de todos los seres humanos. En este sentido —sostiene Ferrajoli en *Garantismo y derecho penal—,* los derechos fundamentales son la base de la igualdad, y al reconocer que el garantismo puede designar las técnicas a través de las cuales se puede lograr el máximo de efectividad en la *implementació*n del edificio constitucional, es plausible afirmar que el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y, a la vez, una teoría jurídica normativa de las garantías penales y procesales. Es una filosofía acerca de los fines y los fundamentos del derecho penal y al mismo tiempo una teoría del derecho penal mínimo. Una y otra sobre el deber ser y no el ser del derecho, que en gran parte reproduce los principios de justicia incorporados en las Constituciones.

Dentro del ordenamiento jurídico mexicano, la teoría garantista de Ferrajoli se materializa en la instauración de los *jueces de control* dentro de la reforma que dio vida al nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Dicha reforma fue publicada el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación* en el decreto por el que se reforman los arts. 16 a 22; las fracs. XXI y XXIII del art. 73; la frac. VII del art. 115, y la frac. XIII del apartado B del art. 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La figura de los *jueces de control* se estimó necesaria para la vigilancia de las actuaciones ministeriales y policiacas durante la investigación de los delitos y para resolver las medidas provisionales que específicamente requieran de control judicial, sin detrimen-

to de que sigue siendo responsabilidad del Ministerio Público la retención de los detenidos hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la acusación. Así, en consonancia con los derechos de toda persona imputada y los de la víctima o del ofendido que enuncia el art. 20 constitucional, corresponderá a los jueces de control vigilar, controlar, avalar y, en su caso, descalificar las acciones llevadas a cabo en la etapa de investigación a fin de que se sujeten a reglas más exigentes desde el punto de vista jurídico, lógico y de respeto a los derechos humanos. Esto es de suma importancia porque el contenido, interpretación y alcances de la reforma constitucional en materia penal no pueden ser disociados, en absoluto, de otras dos reformas constitucionales, promulgadas en junio de 2011 en materia de amparo y derechos humanos. Gracias a la reforma a los arts. 94, 103 y 107 constitucionales publicadas el 6 de junio de 2011, el juicio de amparo se actualizará, siendo más ágil y accesible para los individuos, y esto le permitirá recobrar su esencia, es decir, evitar los abusos de poder y garantizar el régimen de libertades. Del mismo modo, y estrechamente ligada con la anterior, es la reforma que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos arts. constitucionales, y que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

En conclusión, el garantismo judicial está fincado en la exigencia del respaldo argumentativo de las decisiones judiciales propio de un Estado constitucional y democrático de derecho, en donde todas las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, tomando en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El garantismo judicial coadyuva a que la ley fundamental se interprete de acuerdo con los principios constitucionales de libertad y de justicia, de tal manera que nada esté por encima de la protección a los derechos humanos.

Juan N. Silva Meza

Government and opposition

El rasgo básico del funcionamiento de todo Estado contemporáneo se funda en las relaciones entre el gobierno y la oposición. El nexo de integración o de conflicto en una sociedad democrática no solamente se encuentra en el poder de la autoridad, sino también en el grado de legitimidad que se le otorga a la oposición, lo que ha permitido que los poderes constituidos históricamente se transformen en instituciones tolerantes y pluralistas.

Dicho proceso, iniciado en Europa a partir del siglo XV con la formación del Estado moderno, incorporó a la oposición política en el Parlamento a través de la instauración del Estado democrático-constitucional en el siglo XVIII, que asumió los valores de libertad e igualdad. En ese sentido, la oposición constituye la base que legitima a todo sistema que se precie de ser democrático, a pesar de que en el lenguaje político cotidiano y en los análisis políticos sobre coyunturas solamente se le ubique como el conjunto de fuerzas políticas y sociales externas al gobierno.

Por otra parte, la oposición política ha sido definida usualmente como un elemento funcional más del sistema, no solamente cuando aparece tratada en el contexto de tópicos globales, sino también cuando integra el objeto del estudio casuístico de los sistemas políticos de los países en los que ésta se ha convertido en pilar de la institucionalidad. Sin embargo, independientemente de que la oposición política sea un concepto que brota directamente de la acción política, puede señalarse que ella es producto del conflicto social y, por lo tanto, se encuentra estrechamente ligada a la teoría y praxis del Estado democrático, sistema que ante la evidencia del conflicto social históricamente ha reconocido su inevitabilidad, incorporándolo y regulándolo.

La traslación en el plano jurídico-político del reconocimiento del conflicto —que es un rasgo distintivo de los sistemas democráticos— se ha concretado en la institucionalización de la oposición. No obstante, aun cuando dicho reconocimiento atenúe el conflicto de intereses, también desnaturaliza su inicial fuerza contralora de los excesos del poder, sobre todo cuando los supuestos legitimadores de la democracia son soslayados por los mecanismos procedimentales del sistema representativo. Así, la oposición, desprovista de sustancia, coincide en la praxis política y, en los estudios teóricos, con el sistema de partidos o con su función en el Parlamento.

Pero convertir a la oposición en un elemento funcional al sistema hace perder de vista su sentido en relación con la autoridad. Antes bien, el proceso de retroalimentación del sistema podría conducir a la absorción de la oposición, a su disolución en el seno de la autoridad y, por consiguiente, a su inoperancia como oposición al poder. Estos supuestos son los que convalidan las tesis consensuales de la democracia, lo que es contrario a los principios históricos y doctrinales que dieron origen al sistema democrático: la tolerancia y el pluralismo.

Los rasgos básicos de la oposición política contemporánea son consecuencia de la praxis política liberal del poder que se ve imposibilitada, en el plano teórico y práctico, de abordar adecuadamente el hecho social de la oposición y que, de alguna manera, constituye un caso límite a su propia racionalidad formal y a su ciencia empírico-analítica, incapaz de analizar sustancialmente un fenómeno que explica su propia existencia política.

Dado que la oposición es siempre contraría al poder, de la praxis política han surgido dos tipos de oposición: una ideológica o contra el sistema, que niega los supuestos legitimadores del poder, y otra discrepante o en el sistema, que sobre la base de aceptar dichos supuestos discrepa del ejercicio práctico del mismo. Tales formas de oposición, como productos de la praxis política, se han configurado en un proceso histórico determinado. Al respecto, a partir de que el pueblo se convierte en sujeto de la historia, la oposición va adquiriendo un espacio propio en la praxis política. Esto significa que el binomio poder-oposición expresa históricamente el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad, conflicto que se origina a partir de una forma específica de legitimidad de la comunidad política y que en ningún caso se trata de una relación abstracta e intemporal.

Ahora bien, la fuente de interpretación de la relación dialéctica entre el poder y la oposición se remonta a la autoconciencia de legitimidad, en virtud

de la cual se transita desde una concepción de necesidad divina del poder a una concepción de necesidad antropológica. Efectivamente, con la aparición de las pretensiones de libertad e igualdad como derechos innatos del hombre, la categoría de legitimidad se funda en los pactos políticos entre el pueblo y su gobernante. Y si el poder se justifica social y políticamente en dichos pactos, lo mismo puede sostenerse respecto a la base legitimadora de la oposición.

Así, el antecedente de la oposición, como correlato del poder, se halla en la institucionalización del derecho de resistencia, cuyos principios rectores fueron deslegitimados posteriormente con las revoluciones burguesas al redefinirse el poder teórica y prácticamente. No obstante, la relación poder-oposición, basada en el secular conflicto de las sociedades clasistas, se presentaría posteriormente con nuevos atributos, como la lucha entre el individuo y el Estado, así como en el conflicto entre el Parlamento y el gobierno, lo que se reconduce o refleja en la dialéctica entre la autoridad y libertad. La oposición política, entonces, surge como una solución de coexistencia entre ambos extremos, entre la autoridad y la libertad, pero basada en la tolerancia y el pluralismo.

Sin embargo, las contradicciones ínsitas del proceso democrático han conllevado, de una parte, a la incorporación de la oposición discrepante a través de los partidos políticos y el Parlamento y, de otra, a la marginación de la vida política de algunos movimientos de oposición que pueden apelar incluso a la violencia, y que en el lenguaje contemporáneo son denominados como oposición extraparlamentaria. Con ello se someten nuevamente a debate los límites y las condiciones de posibilidad del régimen democrático constitucional. En todo caso, debe tenerse presente que la legitimidad de un poder democrático no se puede sustentar en sí mismo, sino en la existencia y operatividad a nivel real de la oposición.

César Landa Arroyo



H



Hábeas corpus o recurso extraordinario de exhibición de personas en Guerrero

El estado de Guerrero es el único en México en contar con un amparo hábeas corpus. Si bien Aguascalientes, Colima y Puebla contemplan figuras parecidas, éstas tienen un carácter administrativo, mientras que en el caso de Guerrero se trata de un mecanismo procesal ante autoridad jurisdiccional.

Esta figura, llamada recurso extraordinario de exhibición de personas, surge a partir de la reforma constitucional de 1990, misma que instaura el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, y ahí encontramos el primigenio (y único) antecedente de un sistema de control constitucional. En su momento fue una novedosa reforma constitucional que, adelantándose incluso a la reforma federal en el rubro, crea en Guerrero una comisión estatal de derechos humanos que viene a ejercer las facultades que hasta ese momento desarrollaba el visitador general de la Procuraduría General de Justicia. Lo relevante es que la iniciativa señalaba que "para complementar los medios tutelares de las garantías constitucionales, la enmienda previene que la Ley reglamente el recurso extraordinario de exhibición de personas para hacer que los juzgadores pongan fin en brevísimo lapso a las detenciones ilegales que lleven a cabo, en su caso, los agentes públicos". Dicha iniciativa se concretó con la reforma al art. 76 bis, en el cual se señaló que "la ley que cree y organice la Comisión garantizará su autonomía técnica; establecerá el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas; regirá la prevención y castigo de la tortura cuando presuntamente sean responsables los servidores a que se refiere el párrafo anterior; definirá las prioridades para la protección de los derechos humanos tratándose de indígenas; internos en centros de readaptación social; menores de edad y mujeres de extrema ignorancia o pobreza; e incapaces; y reglamentará el recurso extraordinario de exhibición de personas".

Debe señalarse que en la exposición de motivos de la iniciativa se señaló que: "un segundo cambio, verdaderamente innovador, es el establecimiento del recurso extraordinario de exhibición de personas que aunque existió efímeramente en el siglo pasado en algún ordenamiento mexicano, y que es conocido como hábeas corpus, prácticamente no se ha consagrado en la ley federal o local alguna en México, y que se encamina a que cualquier persona lo plantee ante un Juez de Primera Instancia para que otra pueda recuperar su libertad si fue detenido ilícitamente, y de manera inmediata, sin prejuzgar su responsabilidad penal o administrativa. Con este recurso se pretende combatir a fondo una de las prácticas que todavía acaecen penosamente, a lo largo de los años, en la Entidad. El desacato al mandamiento judicial en este respecto, es causa de fincamiento de responsabilidad penal". Y en el mismo documento se agregaba: "el amparo mexicano representa la mejor tradición de nuestro Derecho y encuentra sus orígenes en la legislación local de Yucatán a partir de los trabajos de Don Manuel Crescencio Rejón; su trascendencia innegable hace que con el esfuerzo unido de otro ilustre jurista, Don Mariano Otero, adopte su actual vigencia nacional. La vida de esta institución jurídica se ha fortalecido indudablemente y forma parte ya del ser nacional y de la

cultura de los mexicanos. // En el ámbito estatal no ha prosperado, sin embargo, hasta la fecha, una figura que a partir del Poder Judicial local, pudiera esgrimirse por los ciudadanos en defensa de sus garantías individuales. // En territorios como el del Estado de Guerrero, con una compleja orografía que dificulta las comunicaciones y el acceso fácil o rápido de las comunidades más alejadas a los centros urbanos en donde radican las autoridades estatales y federales, resulta aconsejable que independientemente del mandamiento constitucional contenido en el artículo 133 de la Carta Magna, el ciudadano pueda contar con un *medio de defensa extraordinario y rápido, que brindando seguridad jurídica y constitucionalidad*, pueda hacerse valer ante el juez de primera instancia más próximo en el distrito judicial que corresponda. // Aunque el juicio de garantía, contra los actos de autoridad, contempla en una de sus modalidades la protección contra la incomunicación de un detenido, la institución universalmente conocida del habeas corpus, o exhibición de persona, como se le conoce en Hispanoamérica, no se encuentra contemplada en nuestro sistema jurídico, por lo que se ha estimado procedente incorporarla a nuestro régimen legal a través de esta iniciativa y en materia de defensa de los derechos humanos. // En efecto, el *recurso extraordinario de exhibición de persona* a que se refiere el título V de esta Iniciativa, formaba ya parte del proyecto de reformas y adiciones a la Constitución del Estado, que durante el primer año de esta administración se elaboró y turnó al Poder Revisor, *en materia de control de la constitucionalidad local* y que por razones de oportunidad no se hizo prosperar. // Maduro como está el Poder Judicial del Estado, se estima conveniente dotarlo de las facultades inherentes a este recurso extraordinario, que en mucho vendrá a enriquecer estos empeños legislativos, en materia de defensa de los derechos humanos. // Consiste el recurso, según su contenido tradicional, en que la autoridad judicial, en los términos del artículo 16 constitucional, requiera a la autoridad administrativa local que presumiblemente tenga detenida a una persona, por petición de algún interesado, que muestre o exhiba a la persona presuntamente detenida, para evitar que se le vulneren sus garantías y preservar su vida e integridad corporal y que en todo caso esté a disposición de autoridad competente. // El recurso no cuenta con mayor formalidad ni en su presentación y trámite, ni en su resolución, para dotarlo precisamente, de agilidad y eficacia. // El juez que decidiese hacer valer la exhibición de persona, ante la demanda de quien tenga interés legítimo, ordenaría el traslado del personal judicial competente a los lugares o instalaciones donde se presuma está detenida la persona para requerir que se la presenten. // La propia Ley, a través de esta iniciativa, previene que la resolución judicial correspondiente es inatacable, esto es uniinstancial; que el recurso no prejuzga sobre la responsabilidad penal o administrativa del detenido y que si el juez actuante lo estima conveniente, podrá disponer la no incomunicación del detenido, el no traslado del mismo a otro lugar, o bien su traslado a un lugar que le brinde seguridad; el juez podrá cerciorarse del estado físico de la persona y disponer, en su caso, el auxilio médico que se necesitare. // No se trata de ninguna manera, con la implantación de este recurso extraordinario, de invadir esferas de competencia, ni sustituir autoridades; *es un esfuerzo de nuestro Estado, por ampliar los medios de defensa del ciudadanos y de contar con un medio*

de control de nuestra constitucionalidad local, en procura permanente de darle a la Carta Magna suriana, mayor eficacia y vigor...".

Es evidente que esta última institución innovó el sistema jurídico mexicano y se constituyó como una alternativa frente al conocido como amparo-hábeas corpus, que dispone un trámite especial para los supuestos de peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de proceso judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos que aparecen prohibidos en el art. 22 de la Constitución federal. Es preciso recalcar la procedencia de la institución del amparo, puesto que la existencia del recurso extraordinario de exhibición de persona no impide ni limita la solicitud de amparo ante las instancias judiciales federales.

Las disposiciones relativas al recurso extraordinario de exhibición de persona entraron en vigor el 1o. de enero de 1991. Aunque ha sido prácticamente ignorado por la doctrina e incluso por el foro estatal, se han tramitado varios de estos recursos. De la práctica de este recurso extraordinario de exhibición de personas debe señalarse lo siguiente:

1. Los recursos se han promovido ante juzgados penales ubicados en municipios o regiones del estado donde no existen juzgados de distrito.

2. La tramitación del recurso extraordinario de exhibición de personas no se considera un juicio, por lo cual no se recoge en la estadística judicial, por ello no se cuenta con cifras sobre la tramitación del mismo a lo largo del estado.

3. Los profesionales jurídicos prefieren, en ocasiones por cuestiones económicas, tramitar un juicio de amparo que permite un mayor cobro por los servicios, que tramitar el recurso en la misma ciudad donde se encuentra en ocasiones detenida la persona.

David Cienfuegos Salgado

Hábeas data

El hábeas data es una garantía constitucional moderna que tiene su origen en Latinoamérica, cuyo nombre se compone de dos vocablos: del latín *habeas*, que significa tener), y inglés *data*, que significa información o datos, y está destinada a salvaguardar el derecho a la protección de datos personales ante un tribunal competente.

La Constitución brasileña de 1988 es la primera en introducir la acción de hábeas data, que se ocupa de garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso y rectificación de sus datos personales en posesión de terceros. Esta figura influyó en su entorno geográfico y se encuentra hoy en países como: Argentina, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Posteriormente, en 1999, Chile es el primero en emitir una ley de protección de datos, mientras que Argentina, con su ley de 2000, es el país que más ha desarrollado el derecho en América Latina.

La razón por la que surge en Latinoamérica se vincula con motivos de orden geopolítico, a sociedades que salían de regímenes militares a partir de la década de 1980 y relacionadas con el autoritarismo con el que se manejaba la información como instrumento de represión política. En este sentido, sur-

ge la acción de hábeas data con la finalidad de proporcionar al ciudadano la facultad de conocer directamente sus datos personales y, en caso de ser necesario, rectificar la información almacenada en bases de datos.

La acción de hábeas data se define como "el derecho que asiste a toda persona —identificada o identificable— a solicitar judicialmente la exhibición de los registros —públicos o privados— en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación… Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra *calificaciones sospechosas* incluidas en registros (especialmente estatales, aunque también pueden serlo privados), que —sin darle derecho de contradecirlas— pueden llegar a perjudicarle de cualquier modo" (Ekmekdjian y Pizzolo, 1996). La particularidad de esta acción es que garantiza la defensa del derecho a la protección de datos personales ante una autoridad judicial, y no ante una autoridad administrativa, como sucede en el caso de los países europeos.

Actualmente, el concepto de hábeas data, surgido en Europa, es una forma de denominar el derecho de autodeterminación informativa o el derecho a la protección de datos personales, sin embargo, su naturaleza es diversa debido a la autoridad garante. El hábeas data implica el ejercicio del derecho frente a una autoridad judicial, a través del proceso respectivo; mientras que la autodeterminación informativa o protección de datos es frente a una autoridad que forma parte de la administración pública, cuyas resoluciones pueden ser recurridas judicialmente.

Ángeles Guzmán

Homine libero exhibendo

El término *homine libero exhibendo* usualmente se refiere a un precedente de cualquier medio de preservación de los derechos de la persona frente al poder autoritario y, en particular, del juicio de amparo, aun cuando recientemente puede considerarse un referente de la doctrina alemana *Drittwirkung* de protección horizontal de los derechos fundamentales, esto porque su procedencia no fue para revisar actos de las autoridades romanas, sino para combatir la privación de la libertad efectuada con dolo por los particulares. Su connotación proviene de la antigua Roma y se le atribuye el carácter de interdicto exhibitorio, distinguiéndose de los interdictos prohibitorios y restitutorios. Como tal, fue establecido por el edicto del pretor a efecto de *proponitur tuendæ libertatis causa: videlicet, ne homines liberi retineantur á quoquam*. Se encuentra en la Ley I, libro XLIII, título XXIX, del Digesto, dedicado al derecho y al proceso privado: "Ley I. Dice el pretor: Exhibe al hombre libre que detienes con dolo malo. 1. Este interdicto se propone por causa de defender la libertad: esto es, para que ninguno retenga los hombres libres". Además de esta ley, las disposiciones sobre las que se sustentó fueron: "Ley II. No se diferencian mucho de los siervos aquellos a quienes no se les permite la libertad de ir por donde quieran. Ley III. A lo que también miro la Ley Favia: este interdicto no impidió la ejecución de la Ley Favia; porque también se podrá pedir por él, y esto no obstante, pro-

poner la acusación de la Ley Favia: al contrario, el que pide por la Ley Favia esto no obstante, podrá también usar de ese interdicto, y otro de la acción de la Ley Favia. Ley IV. Si alguno retuviese al hombre libre ignorando su estado, si lo retiene con dolo malo, se le precisará a que lo exhiba".

Con base en el Digesto se deduce que el interdicto *homine libero exhibendo* consistió en un procedimiento para la defensa de las personas libres que eran detenidas con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal manera que se les exhibía (*quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) ante el pretor (*id est in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem præbere*) a través de un procedimiento sumarísimo, el cual, bajo las condiciones y limitantes de la ley Favia, no se debía alargar ni aun con motivo del delito que importara este atentado, porque *neque hoc interdictum aufert legis Faviæ executionem*. Todo ofendido podía intentarlo (*nemo prohibendus est libertati favere*) sin que por esto el pretor dejara de tener facultad de elegir al que debía proseguirlo, cuando muchos lo intentaban. En otras palabras, cuando una persona era puesta en prisión, sin el debido fundamento, y más aún, de una manera arbitraria, en alguna de las cárceles particulares que tenían los grandes patricios, por sí o por intermedio de alguna otra persona, podía el afectado ocurrir ante el pretor para que éste expidiera un interdicto que obligaba a quien mantenía preso al solicitante a que le exhibiera el cuerpo del detenido, que quedaba bajo su jurisdicción, siendo el pretor quien resolvía sobre la justicia o injusticia del caso. El interdicto, en consecuencia, no se concedía en contra de las autoridades, sino en contra de los particulares. El procedimiento tenía tal eficacia que no se debía prolongar, ni aun con motivo de la averiguación del delito que importara ese atentado contra el hombre libre, porque desde el momento en que era protegida la libertad del solicitante del interdicto, la averiguación, respecto del procedimiento criminal que pudiera existir, se seguía por cuerda separada conforme a la antigua legislación romana.

Al constituirse los edictos de los pretores, en resoluciones que contenían las bases conforme a las cuales este funcionario dictaba sus decisiones en los casos concretos que se sometían a su conocimiento, y con esta facultad, suplían las lagunas u omisiones de la legislación; los edictos constituían una fuente sui géneris del derecho, junto con la ley, la costumbre, etcétera, y además se debe destacar, que el edicto que estableció el interdicto *homine libero exhibendo* fue de carácter perpetuo (*hoc interdictum perpetuum est*) y adquirió fuerza de derecho consuetudinario debido a la presencia constante de determinados principios que se transmitían obligatoriamente de un edicto a los sucesivos.

En cuanto a los interdictos, que se constituyeron en una petición dirigida al pretor para que ordenara a la contraparte a observar determinada conducta o abstenerse de cierta actividad, cabe precisar que aquéllos no se instituían en sentencia, sino en órdenes condicionales y administrativas, dirigidas a un ciudadano a petición de otro ciudadano. Por tanto, en el contexto de su desenvolvimiento histórico, los interdictos demostraron su aproximación respecto a la protección de los derechos personales, entre ellos los de carácter fundamental. Sin embargo, cabe destacar que el interdicto *homine libero exhibendo* no era un procedimiento que tuviera como finalidad defender una organización,

un régimen constitucional, sino exclusivamente reparar prisiones arbitrarias decretadas por particulares.

El interdicto *homine libero exhibendo* puede tener un rasgo de semejanza con el hábeas corpus, dado que éste también procedía contra particulares; sin embargo, también puede considerarse que no guarde dicha relación debido a que la acción derivada de este interdicto pertenecía al derecho civil, por lo que su naturaleza jurídica fue diferente a la institución de derecho público que estableció el pueblo inglés. También puede constituir un precedente para el amparo mexicano, en lo que concierne al amparo libertad; no obstante, similares reflexiones que para el hábeas corpus negarían tal precedencia. Pero, desde una perspectiva contemporánea, de acuerdo con la teoría *Drittwirkung* y la protección procesal horizontal de los derechos fundamentales, puede indicarse que el interdicto *homine libero exhibendo*, como proceso constitucional de la libertad remoto, es precedente del amparo contra particulares.

Juan Rivera Hernández

Horror vacui

El principio de conservación del derecho, contemplado desde un punto de vista teórico, coincide con una exigencia práctica: intentar, en la medida de lo "posible", por vía interpretativa, huir del vacío que se provoca cuando una disposición legal es declarada inconstitucional.

Esta idea se eleva como particularmente útil, sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de un texto normativo es un suceso bastante grave por las consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con la Constitución (Monteleone, Girolamo, 1984), o, dicho de otra forma, cuando el legislador carece de la agilidad necesaria para cubrir de inmediato el hueco que deja la ley expulsada del ordenamiento jurídico, y esa laguna genera una gran confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos (García de Enterría, Eduardo, 2006).

Con frecuencia, la anulación y la laguna que se crean pueden originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley anulada regulaba. Cierto es que problemas de este tipo no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo completamente de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como el tiempo necesario para que se agote el inter legislativo, o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. De ahí que la preocupación por evitar los "vacíos legislativos" o "lagunas" no sea meramente doctrinal, sino que ha estado presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencial de los tribunales o cortes constitucionales.

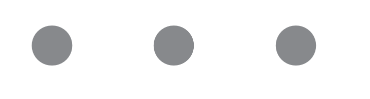
De hecho, también con la intención de evitar las consecuencias que acompañan a la declaración de inconstitucionalidad, y en cierto sentido como deducción ineludible del *horror vacui*, la práctica jurisprudencial de algunos sistemas de justicia constitucional, como el alemán, han implementado sentencias denominadas "exhortativas", "apelatorias" o de "recomendación al legisla-

dor", según la terminología que se prefiera, que atribuyen al juez constitucional la facultad de suspender, en algunos casos y por un tiempo determinado, la eficacia de sus decisiones, para dar tiempo al legislador de corregir la inconstitucionalidad detectada y evitar así la producción de vacíos en el sistema normativo. De esta forma se pone de manifiesto que los críticos de las sentencias interpretativas no han pensado en la grave responsabilidad que asumiría el órgano de control de constitucionalidad si fuera demasiado proclive para declarar inconstitucional cualquier norma.

Giovanni A. Figueroa Mejía



I





Ideas mínimas alrededor del recurso de revisión en el contexto de la nueva Ley de Amparo

El recurso de revisión previsto en la Ley de Amparo, Reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, se erige, como la gran mayoría de la doctrina lo ha identificado, en el medio de impugnación de mayor importancia en el contexto de dicho ordenamiento.

I. *Procedencia.* Se encuentra regulada en términos de lo dispuesto en su Capítulo XI, específicamente en el art. 81, donde se establecen las hipótesis que justifican su apertura, diferenciándose entre los supuestos relativos al juicio de amparo indirecto y del juicio de amparo directo, respectivamente.

Para el primer caso, atinente al amparo indirecto, se dispone que el recurso de revisión procede contra las resoluciones siguientes: *a)* las que concedan o nieguen la suspensión definitiva; debiéndose impugnar, en su caso, los acuerdos pronunciados en la audiencia incidental; *b)* las que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva, o las que nieguen la revocación o modificación de esos autos; en su caso, debiéndose impugnar los acuerdos pronunciados en la audiencia correspondiente; *c)* las que decidan el incidente de reposición de constancias de autos; *d)* las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, y *e)* las sentencias dictadas en la audiencia constitucional; en su caso, impugnándose los acuerdos pronunciados en la propia audiencia.

En el caso del amparo directo, el recurso de revisión procede contra las sentencias que resuelvan acerca de la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieran sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del Pleno.

En ambas hipótesis, según lo dispuesto en el art. 82 de la ley en comento, la parte que obtuvo resolución favorable en el juicio de amparo puede adherirse a la revisión interpuesta por otra de las partes dentro del plazo de cinco días, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación de la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes. La adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste.

II. *Competencia.* Para conocer del recurso de revisión, los arts. 83 a 85 de la Ley de Amparo identifican que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es quien resolverá el recurso de revisión contra las sentencias dictadas en la audiencia constitucional, cuando habiéndose impugnado normas generales por estimarlas inconstitucionales, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.

En ese sentido, se precisa que el Pleno del alto tribunal, mediante acuerdos generales, distribuirá entre las salas los asuntos de su competencia o re-

mitirá a los tribunales colegiados de circuito los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine.

Haciendo uso de esa facultad, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el acuerdo general 5/2013, del 13 de mayo de 2013, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales colegiados de circuito.

En los casos restantes, son competentes para conocer del recurso de revisión los tribunales colegiados de circuito, cuyas sentencias no admitirán recurso alguno.

A pesar de lo anterior, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime que un amparo en revisión, por sus características especiales, deba ser de su conocimiento, lo atraerá oficiosamente conforme al procedimiento establecido en el art. 40 de la propia ley.

Igualmente, el tribunal colegiado del conocimiento podrá solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejercite la facultad de atracción, para lo cual expresará las razones en que funde su petición y remitirá los autos originales a ésta, quien dentro de los treinta días siguientes al recibo de los autos originales resolverá si ejercita la facultad de atracción, procediendo en consecuencia en los términos del párrafo anterior.

Tratándose de la revisión de sentencias pronunciadas en materia de amparo directo por tribunales colegiados de circuito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá únicamente sobre la constitucionalidad de la norma general impugnada, o sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

III. *Plazos.* En lo relativo a la *oportunidad,* según lo dispuesto en el art. 86 de la Ley de Amparo, el recurso de revisión se interpondrá en el plazo de diez días por conducto del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución recurrida y que su presentación por conducto de órgano diferente al anterior no interrumpirá el plazo de presentación.

IV. *Legitimación.* Además de lo adelantado, se tiene que, en términos del art. 87 de la Ley de Amparo, las autoridades responsables solo podrán interponer el recurso de revisión contra sentencias que afecten directamente el acto reclamado de cada una de ellas; tratándose de amparo contra normas generales, podrán hacerlo los titulares de los órganos del Estado a los que se encomiende su emisión o promulgación.

Acerca de ese aspecto se puntualiza que las autoridades judiciales o jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir las sentencias que declaren la inconstitucionalidad del acto reclamado, cuando éste se hubiera emitido en ejercicio de la potestad jurisdiccional.

V. *Formalidades.* Por otra parte, las formalidades de la interposición del recurso se encuentran descritas, en principio y de manera genérica, en el art. 80 del ordenamiento en cita, que exige que los escritos y promociones que se realicen en los medios de impugnación sean presentados en forma impresa o electrónicamente, así como que los requisitos relativos al acompañamiento

de copias o de presentación de cualquier tipo de constancias impresas a los que ahí se refiere no serán exigibles a las partes que hagan uso de los medios electrónicos, siendo que éstos serán cumplimentados por esa vía.

Ya de modo específico, el art. 88 de la Ley de Amparo establece que el recurso de revisión se interpondrá por escrito, en el que se expresarán los agravios que cause la resolución impugnada. Así, para el caso de que el recurso se interponga en contra de una resolución dictada en amparo directo, el recurrente deberá transcribir textualmente la parte de la sentencia que contenga un pronunciamiento sobre constitucionalidad de normas generales o establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la parte del concepto de violación respectivo cuyo análisis se hubiera omitido en la sentencia.

En caso de que el escrito de expresión de agravios se presente en forma impresa, el recurrente deberá exhibir una copia del mismo para el expediente y una para cada una de las partes; exigencia que, como se adelantaba, no será necesaria en los casos que el recurso se presente en forma electrónica.

Cuando no se haga la transcripción antes referida o no se exhiban las copias señaladas, se requerirá al recurrente para que en el plazo de tres días lo haga; si no lo hiciera se tendrá por no interpuesto el recurso, salvo que se afecte al recurrente por actos restrictivos de la libertad, se trate de menores o de incapaces, o se afecten derechos agrarios de núcleos de población ejidal o comunal, o de ejidatarios o comuneros en lo individual, o quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para emprender un juicio, en los que el órgano jurisdiccional expedirá las copias correspondientes.

VI. *Tramitación.* En el contexto de la substanciación del recurso, los arts. 89 a 92 de la Ley de Amparo prevén que la definición de su procedencia la califica el presidente del órgano jurisdiccional, quien en su caso observará ciertas reglas, a saber:

1. Si quien recurre es el quejoso, examinará, en primer término, los agravios hechos valer en contra del sobreseimiento decretado en la resolución recurrida.

Si los agravios son fundados, examinará las causales de sobreseimiento invocadas y no estudiadas por el órgano jurisdiccional de amparo de primera instancia, o surgidas con posterioridad a la resolución impugnada;

2. Si quien recurre es la autoridad responsable o el tercero interesado, examinará, en primer término, los agravios en contra de la omisión o negativa a decretar el sobreseimiento; si son fundados se revocará la resolución recurrida;

3. Para efectos de las fracs. I y II, podrá examinar de oficio y, en su caso, decretar la actualización de las causales de improcedencia desestimadas por el juzgador de origen, siempre que los motivos sean diversos a los considerados por el órgano de primera instancia;

4. Si encontrara que por acción u omisión se violaron las reglas fundamentales que norman el procedimiento del juicio de amparo, siempre que tales violaciones hayan trascendido al resultado del fallo, revocará la resolución recurrida y mandará reponer el procedimiento;

5. Si quien recurre es el quejoso, examinará los demás agravios; si estima que son fundados, revocará la sentencia recurrida y dictará la que corresponda;

6. Si quien recurre es la autoridad responsable o el tercero interesado, examinará los agravios de fondo, si estima que son fundados, analizará los conceptos de violación no estudiados y concederá o negará el amparo, y

7. Solo tomará en consideración las pruebas que se hubieran rendido ante la autoridad responsable o el órgano jurisdiccional de amparo, salvo aquéllas que tiendan a desestimar el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional.

En el caso de la revisión adhesiva, el estudio de los agravios podrá hacerse en forma conjunta o separada, atendiendo a la prelación lógica que establece el art. anterior.

Luis María Aguilar Morales

Igualdad de género

El tema de la "igualdad" se relaciona de manera estrecha con el concepto de justicia. Sin embargo, es el constitucionalismo moderno el que lo ha elevado a principio de derecho positivo que se encentra consagrado en las grandes declaraciones de derechos y en todos los textos constitucionales. En la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776 se estipula: "Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes" (art. 1o.). Asimismo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en Francia, se señala: "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solamente pueden ser fundadas en la utilidad común" (art. 1o.).

Cabe señalar que la idea de igualdad del siglo XVIII se refería estrictamente a la mitad de la población: los varones. Fue hasta el siglo XX que se encuentran las primeras referencias a la igualdad entre mujeres y hombres, como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que fue reformada en 1974 para incluir la disposición en el art. 4o.: "El varón y la mujer son iguales ante la ley…". También se encuentra en la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) la siguiente disposición: "Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos…" (art. 109).

Ahora bien, al referirnos a la idea de igualdad tenemos: la igual dignidad de toda persona, la igual participación, igualdad ante la ley, igualdad política, igualdad en las condiciones materiales de vida y la igualdad de oportunidades.

La igualdad de género parte del postulado de que todos los seres humanos, mujeres y hombres, tienen la libertad de desarrollar sus habilidades personales y hacer elecciones sin estar limitados por estereotipos, roles de género rígidos o prejuicios. La igualdad de género implica que se han considerado los comportamientos, aspiraciones y necesidades específicas de las mujeres y de los hombres, y que ésas han sido valoradas y favorecidas de la misma manera. Significa que sus derechos, responsabilidades y oportunidades no dependerán del hecho de haber nacido mujer u hombre. De acuerdo con el art. 6o. de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, de México,

la "igualdad entre mujeres y hombres implica la eliminación de toda forma de discriminación en cualquiera de los ámbitos de la vida, que se genere por pertenecer a cualquier sexo".

Asimismo, el art. 1o. de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) establece: "A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

María Vallarta Vázquez

Imparcialidad judicial

I. *El derecho a un juzgador independiente e imparcial como principio informador del Poder Judicial y derecho fundamental de los justiciables*. La "independencia" judicial surge con el Estado liberal, primer eslabón del Estado constitucional, en cuanto elemento que integra la división poderes y el Estado de derecho. El juez es "independiente" porque actúa de forma "imparcial", sobreordenada a las partes, y con sumisión plena y exclusiva a la ley y no a la voluntad del Ejecutivo, del Parlamento o del rey. Hoy el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones. El posterior art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 añade a esta misma garantía: por un tribunal competente y establecido por la ley. Una justicia imparcial es un ingrediente necesario e indefectible del derecho a un juicio equitativo o a un proceso justo, junto a otros que, pese a poder descomponerse, están muy interrelacionados entre sí. La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar: un juez parcial no es un verdadero juez.

La independencia judicial abarca varias notas complementarias. Es pues sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico: la discreción judicial viene siempre condicionada y amparada por la predeterminación normativa. Y, por contrapartida, ausencia de sometimiento a las partes y a las presiones de cualquier poder, público o privado, externo al Poder Judicial, e incluso a cualquier otro órgano interno, pues ese poder se organiza de forma horizontal y difusa, y se armoniza y mantiene unido mediante un sistema judicial de recursos y no a través de instrucciones jerárquicas. Supone la exclusividad judicial, reserva o monopolio de jurisdicción. No es un privilegio del juzgador sino un postulado y principio que informa la organización moderna de la justicia, pero abarca la lucha por la inamovilidad de los jueces como garantía de su independencia personal de criterio. La predeterminación legal del juez o tribunal, de su composición o titulares, y de su

competencia (juez ordinario predeterminado por la ley) son rasgos que, pese a que componen hoy un derecho independiente, tienden a entremezclarse.

"Independencia" e "imparcialidad" son conceptos próximos e interrelacionados tanto para las Constituciones y los tratados sobre derechos como para la doctrina científica y la jurisprudencia que tiende a confundirlos, o cuando menos a considerarlos fungibles; algunos autores creen incluso que la distinción es artificial o forzada. La imparcialidad supone una ausencia de prejuicio y la presencia de desinterés y neutralidad. La imparcialidad subjetiva está vinculada a la libre formación de la convicción del juez en su fuero interno ante un caso concreto. Mientras que la objetiva atiende a la confianza que el juzgador ofrezca al justiciable en función de la existencia de suficientes garantías que permitan rechazar cualquier duda legítima: la descontaminación del juzgador. La primera debe presumirse, salvo prueba en contrario de quien la arguye. La segunda debe llevar a revisar si el temor de contaminación está objetivamente justificado. El buen enjuiciamiento sobre la tacha de parcialidad del juzgador debe ser concreto, entretejido de hechos y no abstracto o apriorístico.

El largo medio siglo de experiencias y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) revela muy diversos y variados escenarios reales de posibles conflictos: el juez que actúa como fiscal durante la instrucción, la acumulación de funciones juzgadoras e instructoras, el juez que ya ha expresado su opinión sobre la culpabilidad del sujeto o que incluso se había pronunciado al respecto en una resolución judicial, la presencia entre las deliberaciones del tribunal de sujetos distintos a los jueces, los vínculos o intereses comunes del juez con una de las partes (conflictos de intereses), las declaraciones públicas del juez ante los medios de comunicación, el desbordamiento de los tribunales militares o de las llamadas cortes de seguridad u orden público, o la discutible acumulación de funciones consultivas y jurisdiccionales, etcétera.

El TEDH y la cuarentena de tribunales constitucionales europeos que siguen su rastro incluyen también, entre la garantía la teoría de las apariencias, "un tribunal no debe sólo hacer justicia sino que debe verse que la hace". La similitud de esta garantía en la familia de Estados constitucionales es indicio del rol que cumplen los derechos fundamentales como un emergente derecho común: una suerte de globalización de los derechos.

II. *La imparcialidad judicial en el constitucionalismo mexicano*. En la historia mexicana, la imparcialidad judicial tiene origen en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta Constitución liberal, que llegó a gozar de limitada eficacia en el territorio mexicano, disponía que los magistrados y jueces, al tomar posesión de sus plazas, debían jurar: "guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente justicia" (art. 279). Tras la independencia, el principio se asumió en el Acta Constitutiva de la Federación de 1824 (art. 18), anejo a la Constitución del mismo año. Sin embargo, no tuvo recepción expresa en los documentos constitucionales posteriores: los textos centralistas de 1836 y 1843, y la Constitución Federal de 1857. Mas la preocupación por la imparcialidad de los tribunales no pasó desapercibida a lo largo del siglo XIX, y diversos documentos emitidos por el gobierno en

funciones declararon este principio como parte de las formas que debían regir los procedimientos judiciales.

El texto originario de la Constitución mexicana de 1917 no previó una disposición acerca de la "imparcialidad judicial". No fue hasta la reforma constitucional de 1987 cuando el principio fue introducido expresamente en el segundo párrafo del art. 17: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial…". En el debate en el Senado, se adujo que su justificación se encontraba en los modernos tratados internacionales que reconocen este derecho de los justiciables. El principio tiene otro fundamento introducido por la posterior reforma constitucional de diciembre de 1994. El art. 100, párrafo séptimo, establece una norma de principios para la carrera judicial del Poder Judicial Federal, según la cual su desarrollo debe regirse por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, todos ellos imbricados entre sí.

Javier García Roca
Alfonso Herrera García

Inaplicación de leyes electorales

La inaplicación de leyes en materia electoral es un mecanismo de control de constitucionalidad a partir del acto concreto de aplicación, con el objeto de que las resoluciones de las autoridades electorales y de los partidos políticos se sustenten en disposiciones jurídicas acordes a las normas y principios constitucionales. Entre estos principios destacan aquellos que rigen a los procesos electorales, como son los de equidad, igualdad, pluralismo político, certeza y seguridad jurídica; así como los de autonomía, independencia, objetividad y legalidad, como ejes rectores de las actuaciones de las autoridades electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales (Penagos, 2012).

Su fundamento lo encontramos en el art. 99, párrafo sexto, de la Constitución general de la República, en el que se otorga al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la facultad de inaplicar leyes electorales al caso concreto, y es la jurisprudencia de su Sala Superior la que ha fijado las reglas para el uso efectivo de este medio de control.

I. *Antecedentes.* Con anterioridad a la reforma constitucional de 2007, los individuos no estaban legitimados para controvertir la inconstitucionalidad de leyes electorales con motivo de su aplicación en un caso concreto, en virtud de que el juicio de amparo, desde su origen, se previó como improcedente para resolver sobre la constitucionalidad de normas en la materia.

El primer antecedente que establece la posibilidad de revisar la regularidad constitucional de las leyes electorales es la reforma constitucional de 1996, a través de la cual, en el art. 105, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se previó la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral, competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como tribunal constitucional, con el objeto de resolver de manera

abstracta las posibles contradicciones entre una ley electoral y una norma o principio constitucional.

Además, la acción de inconstitucionalidad en materia electoral solo puede ser promovida por los órganos del poder legitimados para ello, así como por los partidos políticos, con lo cual prevaleció la imposibilidad de impugnar la constitucionalidad de una norma electoral con motivo de su aplicación a un caso concreto. Fue hasta la reforma constitucional de 2007, que se estableció, en el art. 99, que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene la facultad de resolver sobre la no aplicación de leyes electorales al caso concreto, que se estimen contrarias a la Constitución.

II. *Sujetos legitimados*. Con la reforma aludida, el constituyente colmó el vacío que estuvo presente en el constitucionalismo mexicano durante los siglos XIX y XX, pues a partir de ella todas las personas están legitimadas para controvertir la constitucionalidad de una ley electoral, cuando les genere una afectación por su acto concreto de aplicación (Penagos, 2012).

III. *Competencia para inaplicar normas electorales*. Los órganos jurisdiccionales facultados para declarar la inaplicación de normas electorales son la Sala Superior y las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, según lo previsto en el ya indicado art. 99 constitucional, que en su párrafo sexto prevé: "Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio…".

De esta disposición constitucional se advierte que las salas que integran ese tribunal están facultadas para la revisión de la constitucionalidad de normas electorales con motivo de su aplicación, y en el supuesto de resultar contrarias a la Constitución deberán inaplicarse con efectos *inter partes*, es decir, la resolución que se emita se limitará al caso concreto sobre el que verse la controversia.

Esta facultad de inaplicar normas electorales puede ejercerse al resolver cualquiera de los medios de impugnación en materia electoral, de manera que dicha atribución no está circunscrita a un juicio o recurso en específico, sino que las salas del Tribunal Electoral pueden realizar el análisis de la regularidad constitucional de preceptos electorales en los casos en que se hubieran aplicado de manera expresa o tácita, siempre que exista agravio al respecto (Penagos, 2013).

IV. *Recurso de reconsideración*. El art. 61 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral prevé la procedencia del recurso de reconsideración en contra de las resoluciones de fondo que emitan las Salas Regionales cuando inapliquen una norma electoral; sin embargo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha ampliado los supuestos de procedencia con el objeto de privilegiar la revisión de la regularidad constitucional de las leyes de la materia y propiciar seguridad jurídica en la democracia electoral (Penagos, 2013).

En ese sentido, se ha sostenido que el recurso de reconsideración debe estimarse procedente contra sentencias en las que: *a)* expresa o implícitamen-

te, se inapliquen leyes electorales (jurisprudencia 32/2009), normas partidistas (jurisprudencia 7/2012) o normas relacionadas con los usos y costumbres de las comunidades indígenas, de carácter electoral (tesis XXII/2011); *b)* se omita el estudio o se declaren inoperantes los agravios relacionados con la inconstitucionalidad de las normas controvertidas (jurisprudencia 10/2011); *c)* cuando se haya dejado de aplicar una norma estatutaria en contravención a los principios constitucionales de auto organización y autodeterminación de los partidos políticos (sentencia SUP-REC-35/2012); *d)* se realice una interpretación de un precepto constitucional, mediante el cual se oriente la aplicación o no de normas secundarias (sentencia SUP-REC-180/2012 y acumulados), o *e)* se ejerza control de convencionalidad tratándose de derechos humanos (jurisprudencia 28/2013).

Además, los criterios que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido al respecto han contribuido a la eficacia plena de esta facultad constitucional.

V. *Dualidad del control constitucional.* De lo anterior se advierte que el control de constitucionalidad de normas electorales puede llevarse a cabo a través de dos vías (Ferreres, 2008): por medio de la acción de inconstitucionalidad, como control abstracto, y por la inaplicación de normas electorales, como control concreto. Esto recobra particular relevancia tratándose de la materia electoral, ya que la revisión de la regularidad constitucional de esas leyes le otorga certeza y seguridad jurídica al sistema democrático, al prever instrumentos jurisdiccionales para velar porque todas las normas en materia electoral sean acordes a los preceptos y principios constitucionales.

Pedro Esteban Penagos López

Incidente

I. Del latín *incidere,* que significa sobrevenir, interrumpir, producirse. Los incidentes son procedimientos que se plantean dentro de un juicio y que tienen como finalidad resolver cuestiones adjetivas o procesales, aunque relacionadas con el asunto principal.

Los incidentes sobrevienen de manera accesoria dentro del proceso, y son planteados por las partes siempre que ocurran aspectos emergentes, es decir, anormales a la secuela del juicio.

Su utilidad radica en la oportunidad que tienen las partes de superar los problemas que saltan y que resulta necesario resolver para el dictado de la decisión final; tal vez por ello se pueden clasificar como un medio de impugnación que busca, en última instancia, regularizar el proceso que ha sido alterado.

II. Los incidentes pueden clasificarse, *atendiendo al momento procesal en que han de fallarse*, en aquellos que se resuelven mediante resolución interlocutoria, es decir, antes del dictado de la sentencia, y en aquellos que se resuelven de manera conjunta con la decisión final; los primeros, dada su especial naturaleza, requieren que su pronunciamiento incidental sea previo a la resolución final —por ejemplo, el incidente de falta de personalidad—; los segundos se resuelven de manera conjunta con la sentencia definitiva —por ejemplo, in-

cidente de falsedad de firmas en el amparo directo—; por su parte, existen los que se plantean y se resuelven una vez dictada la decisión final del asunto, como ocurre con los incidentes de liquidación y ejecución de las sentencias, sin embargo, aquí no se abordan temas eminentemente procesales, pero sí accesorios, pues solo se desarrollarán de conformidad a lo ya dicho en el asunto principal, situación que no se puede desconocer.

Otra forma de clasificación es la que se refiere *a si paralizan o no el proceso,* éstos comprenden a los de previo y especial pronunciamiento y a aquellos que no paralizan el procedimiento; la presentación de los primeros ocasiona que se suspenda el curso del juicio en tanto no son resueltos por medio de una resolución interlocutoria, pues lo que se ventila la mayoría de las veces es justamente un presupuesto procesal, sin el cual el juicio puede ser inválido y que de seguir el proceso haga inútil el desarrollo de todo el litigio —por ejemplo, incidente de incompetencia—; por su parte, los que no detienen el proceso hacen que ambas cuestiones —incidente y juicio— sigan su marcha de manera paralela y su resolución se deja hasta sentencia final. Existe otra categoría, no tan aceptada en la doctrina, que sostiene que hay incidentes que siendo de especial pronunciamiento no suspenden el procedimiento, sino que lo que ocurre es que se resuelven fuera del expediente principal y antes del dictado de la sentencia (José Ramón Cossío Díaz).

También podemos señalar a aquellos incidentes que se clasifican en *nominados o innominados*, entendiéndose por los primeros aquellos que tienen una denominación legal y en ocasiones una regulación especial —por ejemplo, el incidente de suspensión en la controversia constitucional— por su parte los segundos carecen de nomenclatura específica y con mayor razón de estatuto propio, pero que no impiden su ejercicio.

III. Por lo que respecta a los procesos constitucionales en México —controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad—, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos realiza una regulación de los incidentes nominados e innominados que pueden plantearse en ese tipo de juicios y se refiere a ellos de manera escueta al señalar que son incidentes de especial pronunciamiento el de nulidad de notificaciones, de reposición de autos y de falsedad de documentos, los cuales deberán promoverse ante el ministro instructor antes del dictado de la sentencia y deberán ser sustanciados en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos, y dictará la resolución que corresponda.

Aunque la ley de referencia no hace alusión a que estos incidentes sean de previo pronunciamiento, es claro que al señalar que su sustanciación se realiza en una sola audiencia, en la que además debe pronunciarse resolución, de alguna forma sí requiere que se resuelvan antes de la sentencia final.

Otra interrogante que surge es si debe o no suspender el proceso de la controversia constitucional o la acción de inconstitucionalidad, pues, como ya mencionamos, no existe duda de que se debe resolverse por interlocutoria, pero qué pasa con la continuidad del proceso; al ser omisa la ley compartimos la idea de que queda al arbitrio del juzgador constitucional estimar cuándo se estaría en presencia de un incidente que por su especial naturaleza requiere

que se suspenda el procedimiento (Cossío Díaz), pues puede ocurrir que lo que se ventile sea por ejemplo la nulidad de notificación de un tercero interesado y ello podría no ser razón suficiente para que no siguiera el proceso por sus diferentes etapas, siempre y cuando la cuestión incidental se resuelva antes del principal.

Por lo que tocante al juicio de amparo, la ley reglamentaria lo regula de manera expresa en su capítulo relativo los incidentes de nulidad de notificaciones y reposición de autos, sin que ello implique que no se pueda promover otro tipo de incidentes establecidos o no en la propia ley; por ejemplo, en el art. 122 se establece un trámite incidental cuando se objete de falso una prueba documental.

En la Ley de Amparo se establece una regulación distinta en torno al momento de su resolución, ya que se deja a consideración del órgano que conoce del juicio principal decidir si se resuelve de plano, amerita un especial pronunciamiento o si se resuelve junto con la definitiva, lo cual es acertado, pues cada caso puede presentar características diferentes que deberá valorar el juzgador y proveer lo que considere más conveniente con la finalidad de dar celeridad al juicio constitucional.

José Manuel Chavarín Castillo

Incidente de falsedad de documentos

I. Es el procedimiento que se plantea dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad que permite que las partes cuestionen los documentos aportados al expediente, por falsedad en la forma, y que se busca no sean tomados en cuenta por el ministro instructor por no ser pruebas fidedignas.

II. Por lo que se refiere al órgano del conocimiento de este incidente, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en delante Ley Reglamentaria) señala que deberán promoverse ante el ministro instructor a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, es decir, corresponde al ministro encargado de la sustanciación de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte es el ministro presidente quien dicta un acuerdo de radicación y turno; de esta forma corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión, y una vez sustanciado el procedimiento elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de este incidente corre a cargo de las partes o sus represententes así reconocidos, siempre y cuando les cause afectación el documento que se tilda de falso y debe hacerse antes de que se dicte sentencia o bien, si se trata de un documento aportado en la fase de ejecución de la sentencia, antes de que concluya éste (José Ramón Cossío Díaz).

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea de previo, es decir, se deja al arbitrio del ministro instructor decidir si se suspende o no el procedimiento dependiendo del tipo de impugnación y si amerita la interrupción del procedimiento; pues si la

interlocutoria que va decidir el incidente trasciende al resultado del proceso sí conviene suspender el juicio principal, pero si el resultado del incidente no interrumpe el desarrollo de las etapas procesales puede llevarse a la par del principal, siempre y cuando se dicte decisión antes de la sentencia final (Cossío).

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente, la Ley Reglamentaria únicamente señala que se sustanciará en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y pronunciará la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y puedan ofrecer pruebas; también puede ocurrir con mayor regularidad en este incidente que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio —por ejemplo, una prueba pericial—, para ello el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento para que pueda desarrollarse la audiencia con el ofrecimiento de los medios de convicción y los alegatos.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en cuanto al fondo de la falsedad cuestionada, que de declararse procedente tiene el efecto de dejar sin valor el documento y dictar lo que corresponda. Esta decisión puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues, de acuerdo con el art. 51, frac. III, establece que procede aquél en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye el de falsedad de documentos.

VII. Tratándose de este incidente dentro del amparo, de acuerdo con el art. 122 de la Ley de Amparo, es en la audiencia constitucional donde inicia y termina el procedimiento incidental, ya que si se objeta de falso un documento, se suspende la audiencia constitucional por un periodo de diez días para que en la nueva fecha las partes ofrezcan las pruebas, y una vez sustanciado se procesa con la audiencia constitucional, por lo que el procedimiento incidental es parte de la misma audiencia.

José Manuel Chavarín Castillo

Incidente de nulidad de notificaciones

I. Es el procedimiento que se promueve dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad —adelante nos referiremos sobre el juicio de amparo— y que tiene como finalidad dejar sin efectos una notificación que no fue realizada conforme a las formalidades que establece la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en delante Ley Reglamentaria).

Para poder determinar cuándo una notificación debe o no ser declarada nula es preciso señalar sus formalidades, las cuales se encuentran previstas en los arts. 4o.-6o. de la Ley Reglamentaria; en principio, las notificaciones se

practicarán al día siguiente de pronunciada la resolución o al auto, y se notifican bien sea por lista o por oficio en el domicilio de las partes por conducto del actuario, con la posibilidad de que se realicen a través del correo certificado con acuse de recibo o bien tratándose de cuestiones urgentes puede ordenarse que se practique vía telegráfica.

La práctica de la notificación deberá atenderse con la persona autorizada para ello; en el caso de aquéllas dirigidas al presidente de la República se entenderán con el secretario de Estado, jefe del Departamento Jurídico que corresponda el asunto o con el consejero jurídico, quienes, en términos del art. 11, son los que pueden representarlo en los juicios de controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad; sin embargo, el segundo párrafo del art. 4o. señala que se pueden autorizar a personas distintas a los promoventes para que reciban notificaciones.

El actuario, al realizar una diligencia de notificación, deberá asentar en el acta el nombre de la persona con quien se entiende el acto, y si se niega a firmar o recibir, la notificación se tendrá por legalmente hecha. Así, cualquier notificación que se realice inobservando los anteriores requisitos es susceptible de ser declara nula por medio este incidente.

Vale la pena preguntarnos cuándo una notificación debe realizarse de manera personal, sin embargo, la Ley Reglamentaria es omisa en tal punto; para responder esta interrogantes es preciso aplicar de manera supletoria, en términos del art. 2o. de la Ley Reglamentaria, el Código Federal de Procedimientos Civiles, mismo que señala, en el art. 309, que son personales las notificaciones por medio de las cuales se emplaza a juicio al demandado, o bien cuando se haya dejado de actuar más de seis meses, cuando sea ordenado expresamente en el auto a notificar y todas aquellas que se realicen al procurador general de la República, y en general todas las que la ley así lo disponga.

II. Por lo que se refiere al órgano del conocimiento de este incidente, es la propia Ley Reglamentaria la que señala que deberán promoverse ante el ministro instructor, a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, es decir, corresponde al propio ministro encargado de la sustanciación de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte es el ministro presidente quien dicta un acuerdo de radicación y turno; de esta forma, corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión y, una vez sustanciado el procedimiento, elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de esta clase de incidentes corre a cargo de las partes o sus represente así reconocidos, siempre y cuando les cause afectación la notificación hecha de forma irregular; y se deberá hacer siempre y cuando no se haya dictado sentencia.

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea de previo, es decir, se deja al arbitrio del ministro instructor decidir sí se suspende o no el procedimiento dependiendo del tipo de impugnación; pues si la interlocutoria que va decidir el incidente trasciende al resultado del proceso sí conviene suspender el juicio principal, pero si el resultado del incidente no transgrede el desarrollo de las etapas pro-

cesales puede llevarse a la par del principal, siempre y cuando se dicte decisión antes de la sentencia final (José Ramón Cossío Díaz).

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente la Ley Reglamentaria tan sólo señala que se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y dictará la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y puedan ofrecer pruebas; también puede ocurrir que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio —por ejemplo, una prueba pericial—, para ello el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento para que pueda desarrollarse la audiencia incidental.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en cuanto al fondo de la nulidad planteada que de declararse estimatoria deberá decretarse la nulidad de la notificación, y como consecuencia todo lo actuado a partir de ella, en caso contrario, se seguirá el proceso por sus etapas siguientes. Esta determinación puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues de acuerdo al art. 51, frac. III, establece que procede aquél en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye, desde luego, el de nulidad de notificaciones.

VII. En el juicio de amparo, si se alega la nulidad de una notificación, la promoción del incidente, según el art. 68 de la Ley de Amparo, debe realizarse en la siguiente actuación que se comparezca, es decir, si se realiza después de la notificación tildada de inválida, alguna actuación de la parte afectada se convalida la notificación, lo que impediría solicitar su nulidad y se trata de un incidente que no suspende el procedimiento.

Su tramitación requiere que una vez presentado el incidente con las pruebas respectivas, el juzgador dará vista por el término de tres días a las partes para que aleguen lo que consideren conveniente u ofrezcan pruebas, transcurrido ese periodo, dentro de los tres días siguientes, se celebrará la audiencia en la que se recibirán y desahogarán las pruebas, se oirán los alegatos y se dictará la resolución correspondiente, que de resultar procedente se repondrá el procedimiento a partir de la actuación anulada.

José Manuel Chavarín Castillo

Incidente de reposición de autos

I. Es el procedimiento que se promueve dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad que tiene como objetivo reintegrar al expediente algún elemento que por cualquier razón desapareció de él.

Puede ocurrir que en el desarrollo del juicio constitucional se extravíe o desaparezca alguna parte o la totalidad del expediente por cualquier razón, sea de forma natural —por ejemplo, un terremoto— o provocada —por

ejemplo, que se haya sustraído algún auto o constancia del expediente—, para ello, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en delante Ley Reglamentaria) prevé que se pueda promover un incidente con la intención de que las piezas perdidas sean repuestas al expediente al cual pertenecen.

II. Por lo que se refiere al órgano que tramita este incidente, la Ley Reglamentaria señala que deberán promoverse ante el ministro instructor, a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, de esta forma corresponde al ministro encargado del trámite de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte, el ministro presidente dicta un acuerdo de radicación y turno; así, corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión, y una vez sustanciado el procedimiento, elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de esta clase de incidentes corre a cargo de las partes o sus representes así reconocidos, y puede ordenarse incluso de manera oficiosa por el ministro instructor, quien deberá certificar la existencia anterior y la falta posterior del expediente o de algún auto, y aunque la ley señala que debe presentarse antes del dictado de la sentencia, también se puede válidamente promover en la etapa de ejecución de la decisión final si fue en esa etapa en la que ocurrió la falta del expediente.

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea declarado como de previo; sin embargo, consideramos que tratándose de un asunto tan delicado como es la pérdida del expediente o alguna de sus partes conviene suspender el procedimiento en tanto las partes allegan de constancias que permitan continuar con el procedimiento.

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente, la Ley Reglamentaria solamente señala que se sustanciarán en una audiencia, en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y emitirá la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y poder aportar las constancias o copias del expediente extraviado; también puede ocurrir que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio, para ello, el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento y repuestos los autos para que pueda desarrollarse la audiencia.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en el sentido de declarar que el expediente se encuentra completo y se puede continuar con el trámite del proceso. Esta determinación puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues, de acuerdo con el art. 51, frac. III, establece que procede aquél en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye desde luego el de nulidad de notificaciones.

Es importante señalar que el ministro instructor cuenta con la facultad de realizar investigaciones que considere pertinentes, siempre y cuando no sean contrarias al derecho, todo con la intención de encontrar una respuesta a la falta el expediente o de sus autos.

VII. Al igual que en los anteriores procesos en el amparo, al advertirse la falta de constancias del expediente —arts. 70-72 de la Ley de Amparo— se deberá certificar la existencia anterior y la falta posterior, y puede plantearse de oficio o a petición de parte, para ello, el juez de amparo requiere a las partes para que un plazo de cinco días, con opción de ampliarse a diez, aporten las copias o constancias que obren en su poder; transcurrido el anterior plazo se cita a las partes dentro de los tres días siguientes para la celebración de la audiencia en la que se elaborará una relación de las constancias aportadas, se oirán alegatos y se dictará la sentencia correspondiente.

En términos similares a la controversia y la acción de inconstitucionalidad, el juez que conozca del amparo está facultado para realizar las investigaciones pertinentes sobre la falta de las piezas del expediente.

La Ley de Amparo prevé que si existe el expediente electrónico será innecesario la promoción de este incidente, ya que las constancias que lo integran se encuentran digitalizadas en archivos electrónicos con el uso de las tecnologías que para el caso establezca el propio Consejo de la Judicatura Federal.

José Manuel Chavarín Castillo

Inconstitucionalidad por omisión

Es la infracción a la Constitución cometida por la inactividad del legislador, consistente en no legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico, sea por parte del órgano constituyente o por parte del órgano revisor de la Constitución, para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador, en un primer momento, para alcanzar plena eficacia.

La omisión legislativa es una especie del género omisión normativa, es decir, la falta o ausencia de creación de normas jurídicas, en la que puede incurrir no solo el legislador sino incluso otros órganos del Estado, como, por ejemplo, el Ejecutivo que no emite un reglamento que torne plenamente eficaz una ley. Sin embargo, en el discurso cotidiano cuando se hace referencia a la inconstitucionalidad por omisión se entiende la inactividad del legislador que vulnera la Constitución.

La inconstitucionalidad por omisión implica varios elementos; en un primer momento, es preciso identificar la omisión del legislador, es decir, resulta indispensable precisar en qué momento se configura un "no hacer" o un "no legislar" del legislador; en segundo término, se ha de identificar en qué momento ese "no hacer" del legislador deviene inconstitucional, lo que, a su vez, implica el análisis de tres cuestiones diversas: *a)* la inactividad voluntaria del legislador; *b)* el mandato específico de legislar, y *c)* la ineficacia de la norma constitucional.

En primer término, toda omisión implica abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto; en un sentido puni-

tivo, denota una falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. La omisión es el acto de omitir, y esta palabra significa dejar de hacer, decir o consignar algo, dejar fuera algo, así, una omisión es un "no hacer", un "no actuar".

Una característica básica de la omisión es que es un concepto referencial, es decir, no existe una omisión en sí, sino siempre en relación con una determinada acción. Por tanto, solo se omite algo en un contexto en el que es relevante una actuación determinada, solo se deja de hacer o se omite una conducta cuando tal conducta o ese hacer es probable; por ello es que se afirma que detrás de la estructura típica de la omisión hay siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción no realizada por el sujeto.

Así, la omisión consiste en la violación a una norma de mandato que impone al destinatario la obligación específica de hacer algo en determinadas circunstancias o condiciones, de donde se sigue que el de omisión es un concepto *normativo* y de referencia a una acción determinada. Por otra parte, para la configuración de la omisión se hace necesario atender a la capacidad psicofísica y normativa del destinatario, puesto que no se puede exigir una conducta a algún sujeto incapacitado física o mentalmente para realizarla, como tampoco puede ser exigida una conducta a un sujeto que desconocía que estaba obligado a algo. Es por ello que se puede, finalmente, definir la omisión como "la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma".

Asimismo, la omisión implica un no actuar como se esperaba; un sujeto solo omite una conducta cuando ésta es probable que se realice, y, en el ámbito de lo jurídico, la probabilidad de una conducta deriva tanto de las condiciones físicas y psicológicas del destinatario como, fundamentalmente, del mandato de una norma que impone el deber de una actuación concreta en condiciones específicas.

Cuando se habla de "omisión legislativa" o de "omisión del legislador" se pretende indicar que éste, el legislador, *no ha actuado como se esperaba que actuara*, que su conducta empírica y normativamente probable no se ha presentado. Y, particularmente en un Estado de derecho, la conducta que se reclama del legislador, tanto desde el punto de vista empírico como del normativo, consiste en legislar; es decir, crear textos normativos que tengan la categoría de leyes. En otras palabras, lo que se espera del legislador es que cree leyes. Así, las expresiones "omisión legislativa" u "omisión del legislador" denotan que el encargado de dar o crear una ley en particular no lo ha hecho (o lo ha hecho en forma deficiente) cuando era esperado o probable que lo hiciera.

Para la configuración jurídica de la inconstitucionalidad por omisión legislativa lo importante *no es* establecer la existencia o presencia de una omisión en sí, empíricamente verificable incluso; lo que de verdad importa es determinar si la omisión puede ser tipificada, es decir, si se está ante la ausencia de una conducta *debida*, si la conducta omitida era mandada por una norma de rango constitucional o si una norma constitucional se torna inaplicable por la inactividad del legislador. Considero que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa es fundamentalmente normativa, es decir, no se busca

castigar al sujeto que omitió la conducta, sino tornar plenamente eficaz una norma constitucional.

Lo inconstitucional es aquello que no es constitucional, es decir, que no está de acuerdo o conforme a la Constitución. Cuando se habla de *inconstitucionalidad* por omisión legislativa significa que el legislador no actuó, en forma voluntaria, frente a un deber específico de legislar consignado en una norma constitucional; en otras palabras, que el legislador violó el mandato de una norma constitucional que le imponía el deber específico de legislar, pues no lo hizo.

La Constitución está conformada por diversas normas jurídicas, todas ellas supremas, pero con un grado de eficacia diferente, puesto que algunas normas constitucionales no requieren de alguna intervención posterior para ser plenamente eficaces, en tanto que otras normas constitucionales, y supremas por tanto, sí requieren de la intervención de un agente que las torne cabalmente eficaces, como aquellas que requieren de un desarrollo legislativo posterior. Cuando el legislador no actúa, es decir, no legisla y, por lo tanto, no desarrolla la Constitución vulnera el principio de supremacía constitucional y menoscaba la eficacia plena de la norma suprema.

Las normas constitucionales pueden ser divididas, según el grado de su eficacia, en normas de eficacia plena y normas de eficacia limitada; las primeras son aquellas que para convertirse en móvil de la conducta de los sujetos no requieren de un desarrollo normativo posterior, sino que son eficaces desde el mero momento en que existen; en tanto que las segundas son normas constitucionales que requieren, para su plena eficacia, de un desarrollo normativo posterior, tales como las disposiciones normativas que crean órganos o instituciones procesales. Por ejemplo, las llamadas normas constitucionales de principio, por definición, serán normas de eficacia plena, en tanto que las llamadas normas constitucionales programáticas serán normas de eficacia limitada.

En no pocas ocasiones el órgano constituyente o el órgano revisor de la Constitución le hace al legislador ordinario algunos "encargos", es decir, se le asigna ya no la tarea genérica de legislar, sino la específica de desarrollar ciertos preceptos constitucionales de eficacia limitada, puesto que, dada la previsión explícita o implícita contenida en tales preceptos, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena.

Este mandato o encargo al legislador es esencial para que se presente la infracción a la Constitución en caso de omisión, puesto que ésta solo será relevante desde el punto de vista jurídico cuando exista un precepto jurídico, en este caso constitucional, que mande una conducta o acción legislativa específica y concreta, y dicha acción o conducta no se verifique. El mandato o encargo puede ser implícito o explícito, pero siempre deberá existir.

Al no cumplir con este mandato, es decir, al omitir legislar en lo particular, el legislador vulnera la eficacia de una norma constitucional y menoscaba su aplicabilidad, la posibilidad de que sea acatada. De esta forma, la infracción a la Constitución se puede actualizar no solo en el momento en que el legislador incumple con un deber específico de legislar en concreto, derivado de un mandato o encargo del constituyente o del órgano revisor, sino que se configura también cuando la falta de eficacia de una norma constitucional que la torna inaplicable deriva de la inactividad legislativa.

Así, la omisión se configura tanto con la verificación del incumplimiento del deber específico de legislar en concreto impuesto por el constituyente u órgano revisor de la Constitución, como al constatar que la inactividad del legislador genera la ineficacia de una norma constitucional específica; de lo anterior se infiere que el objeto del control es la consecuencia *normativa* derivada o producida por la inactividad legislativa.

Carlos Báez Silva

Interés legítimo

I. *Concepto.* Semánticamente tiene dos acepciones; por un lado, el interés de una persona reconocido por el derecho y, por el otro, la situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación del Estado, que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho. El fin es que ninguna conducta (acción u omisión) de la administración, y en especial sus consecuencias, quede al margen o exenta de un auténtico y efectivo control judicial.

La institución es de cuño jurisprudencial, tendente a la tutela de actos, en especial, aquéllos basados en facultades discrecionales y omisiones de la autoridad administrativa, donde destaca la indebida prestación de servicios públicos que, siendo contrarias al orden jurídico, impliquen un perjuicio cualificado a cierto o algunos sujetos en cualquiera de sus intereses. Por esa razón se confiere un poder de exigencia respecto a la legitimidad en el actuar administrativo.

Ferrer, en su obra *Juicio de amparo e interés legítimo*, refiere que es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer, exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, reconocida o aceptada por el derecho, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, ni la contraparte una obligación correlativa, pero sí a exigir de la administración y a reclamar ante los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarle. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales, relacionados con el mismo, a fin de defender esa situación de interés.

García de Enterría, citando criterios jurisprudenciales españoles, señala que por interés legítimo ha de entenderse, precisamente, un perjuicio que el acto cause o un beneficio que de su eliminación resulte al recurrente; concepto que la jurisprudencia francesa llama el *grief* (queja, perjuicio ilegítimamente causado, echar en cara, reclamo, consecuencias perturbadoras), entendido

como un perjuicio concreto causado al interés, que es lo sustancial y no el interés mismo.

Esta observación permite recomponer la actitud del recurrente, no como una simple inclinación sino como una reacción frente a un perjuicio que le causa el acto u omisión de la administración y, por tanto, tal perjuicio debe ser eliminado como resultado o consecuencia de la anulación del acto ilegal, de modo tal que se conectan y coinciden el interés subjetivo y la legalidad objetiva.

Finalmente, algunos aspectos que será necesario controlar y corroborar para afirmar que se está ante la presencia de intereses legítimos desconocidos y violados son: la ilegitimidad o inoportunidad del acto u omisión; el interés personal del inconforme asociado a una especial situación frente al orden jurídico; el círculo definido y limitado de individuos afectados; el interés patrimonial o moral lesionado.

II. *Objeto.* Dice Sánchez Morón: "quien impugna un acto en virtud de un interés legítimo no ha de limitarse a pretender su anulación, sino que podrá pedir también, si procede, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, que no será un derecho subjetivo típico, del que carece, pero sí puede ser un derecho instrumental de participación en un procedimiento o el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que le haya causado la actuación ilegal de la Administración".

Debe destacarse que para tener acceso al procedimiento o vía de impugnación correspondiente es necesario acreditar la afectación resentida en la esfera jurídica de un interés subjetivo, en virtud de una especial situación frente al orden jurídico.

En efecto, es necesario acreditar, por un lado, la actuación ilegítima de una autoridad y, por otro, presentar una situación especial o cualificada relacionada con una lesión o principio de afectación a la esfera jurídica en virtud de esa especial situación e incidencia en un interés individual o colectivo.

Para obtener una decisión favorable es necesario que durante la secuela procesal, la afectación a la esfera jurídica, que justificó instar la vía jurisdiccional, subsista, en tanto es una cuestión de procedencia que no debe desaparecer.

Una vez emitida la resolución, de ser favorable, se declarará la actuación u omisión de la autoridad como ilegítima respecto a un derecho objetivo o régimen legal que no fue acatado; además, se ordenará rectificar, enmendar o anular esa conducta ilegítima, obteniéndose una satisfacción indirecta del interés personal, en la medida que se logra una ventaja legítima al desaparecer los efectos y consecuencias de la acción u omisión ilegal de la autoridad.

Correlativamente, la nulidad del acto de la autoridad es susceptible de generar un título conducente a obtener una restauración o reparación del daño consecuente (pretensión secundaria) derivado de un acto ilegítimo que no se tiene obligación jurídica de soportar.

Los efectos de la restitución ordenada serán generales, en tanto que se comunican y extienden a todos los individuos o colectivos incididos por los efectos de la conducta ilegal.

En el caso del juicio de amparo, la restitución consiste en obtener el pleno disfrute y eficacia de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados, desconocidos o erosionados, sobre todo aquéllos donde va implícita una acción en favor del titular del derecho, acorde a lo que ahora prevé el art. 1o. constitucional, dadas las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger, garantizar y reparar los efectos y consecuencias de cualquier violación.

El propósito básico es anular actos ilegales, lo que implica también la censura de omisiones ilegítimas, esto sucede cuando la autoridad, estando obligada a comportarse de cierta manera, omite la conducta respectiva.

A esa consecuencia básica, tanto en Argentina como en Costa Rica, se agrega la posibilidad de plantear pretensiones prestacionales derivadas de omisiones en el actuar del Estado, siguiendo caminos ya andados en Europa, donde hay precedentes de censura respecto a omisiones ilegítimas, incluso respecto a prestaciones derivadas de derechos económicos, sociales y culturales.

Estas ideas se apoyan en que al estar regulada, legal y constitucionalmente la función o actividad administrativa, la disfunción es objeto de cuestionamiento y tutela, especialmente cuando se afectan prestaciones que implican un mínimo vital al que cualquier administrado tiene derecho y facultad de exigir y obtener.

Acreditada la ilegalidad del actuar de la administración, surge el título para una eventual y consecuente acción de condena por los efectos y consecuencias tanto de las acciones realizadas como también de prestaciones omitidas, entendida como una justicia retributiva por el *grief* (perjuicio concreto causado). Resulta así procedente una consecuente acción para instar una restitución o reparación, solicitada respecto a intereses propios, cualificados, específicos y afectados (individuales, colectivos o difusos) que incidan en el denunciante.

III. *Legislación e interpretación jurisprudencial.* La previsión del interés legítimo para el juicio de amparo aparece estipulada en la frac. I del art. 107 constitucional. Es de considerar que el precepto referido contempla, de manera disyuntiva, como ingredientes del interés jurídico, necesario para la procedencia del juicio, la titularidad de un: *a)* derecho subjetivo o *b)* interés legítimo, ya sea individual o colectivo.

Con la inclusión del interés legítimo como condición sustantiva o legitimación *ad causam* (y su correspondiente incorporación en el art. 5o. de la Ley de Amparo vigente) se están generando criterios jurisprudenciales que definen el concepto a partir de sus elementos o características definitorias, como la de rubro "Interés legítimo. En qué consiste para efectos de la procedencia del juicio de amparo" (véase tesis I.4o.A.3 K (10a.)); consistente en otorgar un poder de exigencia al justiciable cuando la actuación u omisión de la autoridad administrativa o las consecuencias de dichos actos le genere una afectación, cuya anulación o declaratoria de ilegalidad le beneficia por hallarse en una situación especial o cualificada.

Asimismo, existe un interesante criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte que abarca tanto el alcance multifacético de los intereses materia de tutela, como de la aplicación del concepto afectación indirecta o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, de rubro "Interés legítimo. En

principio, la falta de éste no es motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de amparo que conduzca a desechar la demanda cuando los padres, en representación de su hijo menor de edad, acuden a combatir actos de autoridad dirigidos a afectar los predios de un tercero, de cuyo uso se benefician por algún título lícito, y se relacionan con la satisfacción de necesidades sensibles para determinados derechos constitucionales" (véase tesis 1a./J. 44/2013).

Sin embargo, no toda la jurisprudencia ha sido consistente y unánime en la connotación del concepto, en tanto hay criterios que atribuyen tanto al interés legítimo como al interés jurídico la cualidad de legitimación *ad procesum*. La conclusión es que la evolución jurisprudencial y doctrinal darán cuenta de estos aspectos discordantes.

Jean Claude Tron Pëtit

Interés simple

I. *Intereses*. En sentido común, interés es el juicio formulado por un sujeto acerca de una necesidad, sobre la utilidad, provecho, ganancia o sobre el valor de un bien en cuanto sea medio de satisfacción de una necesidad.

Al hablar de intereses se alude a una aspiración o deseo respecto a ciertos objetos, bienes, hechos o casos hipotéticos, expectativas, prestaciones o estatus que puedan ser anhelados, aprovechados y, en su caso, exigibles.

II. *Interés simple*. En un contexto jurídico, el concepto de interés simple surge por la necesidad de distinguir entre éste y los diversos conceptos de interés legítimo, intereses colectivos y derecho subjetivo, ya que ser titular de alguno de éstos dota de legitimación procesal (interés jurídico) para participar en procedimientos o para promover una acción judicial, conducente a reparar un daño causado u obtener un beneficio.

En este sentido, el interés simple es común, general, perteneciente a cualquier persona en relación con el buen funcionamiento de la administración, sin que medien daños o pretendidos beneficios, distintos o desiguales a los que pudieran afectar a la generalidad de los miembros de la sociedad.

Ferrer Mac-Gregor define al interés simple como el interés general que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. Es el mero interés ciudadano por la legalidad, el cual no faculta para accionar al juicio de amparo, sino que únicamente permite la denuncia o la acción popular cuando las leyes lo permiten, en tanto que no requiere de una condición precisa o de una cualificación subjetiva especial.

III. *Daño cualificado*. Se dice que un daño es cualificado cuando el agravio que sufre el sujeto es diferenciado respecto de la situación en que se hallan las demás personas, incidiendo destacadamente en cierto individuo o un círculo limitado de personas en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Sánchez Morón precisa que la afectación cualificada —elemento esencial del interés legítimo— lo distingue del interés simple.

Ese perjuicio especial es un concepto jurídico indeterminado que debe implicar un aspecto de seriedad procesal, en razón de provocar un daño o

privar de un beneficio, pero de carácter propio, real, personal, directo, actual o potencial —aunque no meramente hipotético—, que incida en un interés económico, profesional, político o inclusive intelectual o moral, o de cualquier otra naturaleza.

Esta diferencia de matices en el grado de intensidad o cualidad en razón de la afectación especial y peculiar marca la esencia de la clase distinguible.

En este sentido viene al caso citar la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que recoge esta institución en los términos siguientes:

"Artículo 4o. Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y *desiguales a los que pudieran afectar al común de la población*" (cursivas añadidas).

Es así que se habla de interés legítimo en el supuesto de que una medida administrativa —otorgar a una empresa una licencia para construir un gran centro comercial, aun cuando ninguna ley lo prohíba—, pueda afectar de manera cualificada y con especial énfasis o intensidad a los pequeños comerciantes de la localidad, a quienes la competencia de una gran superficie comercial podría originar pérdidas de beneficios; de manera análoga puede incidir en el propietario de la parcela colindante, para quien el nuevo centro será una fuente de ruidos y molestias, o los integrantes de una asociación de vecinos al reclamar que el terreno se destine a un hospital.

Lo mismo puede ocurrir con los usuarios de un servicio que por deficiencias de gestión devenga en ineficiente; pero sin que abarque o incluya a todos los ciudadanos o habitantes. Surge así una distinción o diferencia entre la universalidad de personas, con un interés simple y el colectivo perjudicado de un modo desigual.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos no se habla de interés simple; sin embargo, su noción surge, por exclusión, al exceder los límites que corresponden ya sea al interés legítimo o a los intereses colectivos, que incluyen a los difusos, mereciendo una tutela distinta y privilegiada por llevar implícita la afectación cualificada. Es así que el interés simple ha sido desarrollado por la jurisprudencia nacional y extranjera, especialmente en los Estados Unidos de América, España y varios países latinoamericanos, donde destaca la cualidad de ser un interés amplio, general, vago e impreciso, ya que de ser satisfecho acarrea un provecho o utilidad universal, pero sin habilitar el ejercicio de acciones restitutorias como las que devienen al existir interés legítimo.

Cabe destacar la tesis 1a. XLIII/2013 (10a.) de rubro: "Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple", en la que se advierte que un interés simple o jurídicamente irrelevante es entendido como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado, pero que en caso de satisfacerse no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido.

También resulta ilustrativa la tesis aislada I.4o.A.1 K (10a.) identificada con el rubro: "Interés jurídico e interés simple. Sus diferencias para efectos del amparo", en la que se explica el interés simple como la situación en que solamente se aduzca la pérdida del beneficio o ventaja, ya sea fáctica o material, y no derive de una actuación irregular de la autoridad, que no

faculta al particular para exigir una determinada prestación, de manera que no es susceptible de tutela judicial, sino que únicamente permite formular peticiones o denuncias.

Asimismo, la tesis aislada IX.2o.2 A (10a.) cuyo rubro es: "Interés legítimo en el juicio de amparo. Carece de él quien ostentándose únicamente como ciudadano del estado de San Luis Potosí, reclama la determinación que aprueba la reincorporación de un magistrado del Supremo Tribunal de Justicia a sus labores después de que, con motivo de una licencia, ocupó el cargo de secretario de Despacho en el gobierno local, porque aduce que debido a este nombramiento dejó de cumplir con el requisito previsto en el artículo 99, fracción VI, de la Constitución Política de la entidad", establece sustancialmente que el interés simple es un interés general que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. Es el mero interés ciudadano por la legalidad, el cual no faculta para accionar el juicio de amparo, sino que únicamente permite la denuncia o la acción popular.

En conclusión, para que un pretendido interés no sea reputado como simple deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Especial posición cualificada de la persona o colectivo recurrente;

b) Círculo de intereses individual o colectivo afectado, distinto de uno general o universal;

c) Un interés propio, distinto del de cualquier persona;

d) Conveniencia o provecho específicos de ser acogida la pretensión;

e) Utilidad real, específica y diferenciada para el recurrente o interesado, es insuficiente un agravio vago o impreciso;

f) No es necesaria la afectación a un derecho subjetivo ni a la esfera jurídica del particular o colectivo, basta el perjuicio cualificado, y

g) El orden jurídico debe estipular un reconocimiento mayor que formular una simple denuncia, estableciendo un poder para exigir algo específico en favor del interés particular o colectivo lesionado.

IV. *Acción popular*. Se habla de acción popular, como una institución vecina del interés simple, cuando la ley permite cuestionar un acto, a cualquier persona o ciudadano, sin exigirle requisitos o condiciones.

Su antecedente se remonta a Roma y servía para que cualquier persona pudiera controvertir la afectación o daño a intereses públicos, intereses del *populus*, aunque sin incluir o abarcar los individuales.

En ese sentido, existe la acción popular en Colombia, resultando idónea para la protección de bienes de uso o titularidad pública, en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador.

El objetivo no es lograr la reparación o indemnización por un daño ocasionado en razón de una acción u omisión de las autoridades o de los particulares, respecto de intereses individuales o colectivos, sino que se contrae a bienes de titularidad pública con una finalidad meramente preventiva —para

evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses públicos o restituir las cosas a su estado anterior— cuando fuera posible.

Algunas de sus peculiaridades son que cualquier ciudadano las puede utilizar para impugnar un acto lesivo para el interés general y no es necesario invocar la lesión de un derecho, interés legítimo o acreditar la existencia de un daño cualificado.

La acción popular se reconoce en el derecho administrativo español, en ciertos casos concretos y excepcionales, como la defensa de la legalidad urbanística, del patrimonio histórico-artístico o de la legislación de costas.

En el caso de México hay un claro ejemplo de una figura atípica, en el apartado A, frac. III, del art. 6o. constitucional, que faculta a toda persona para acceder a información pública, datos personales o a su rectificación.

Pero además, existen diversas leyes que contemplan la denuncia popular, como ejemplo, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente que, en sus art. 189-204, contempla un procedimiento de denuncia popular en el cual dota de facultad a toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades para denunciar, ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la ley y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Asimismo, la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su art. 97, contempla que cualquier persona podrá denunciar ante la Procuraduría Federal del Consumidor las violaciones a las disposiciones de dicha ley, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables.

Jean Claude Tron Pëtit

Interés superior del niño

El interés superior del niño es un concepto consagrado inicialmente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y, posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3o., párrafo I; art. 9o., fracs. I y III; art. 18, frac. I; art. 21, frac. I; art. 37, frac. III; art. 40, frac. VII). La Convención Americana sobre los Derechos Humanos también reconoce este concepto en los arts. 17, frac. IV, y 19. Dentro del ordenamiento jurídico mexicano, este derecho se encuentra plasmado en el art. 4o. constitucional, así como en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Este principio se vincula con el principio de dignidad que sitúa al niño, niña o adolescente como persona titular de los derechos reconocidos en la Convención, "separándolo definitivamente de la esfera de inmunidad paterna".

El interés superior del niño, niña o adolescente es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se le considera el

principio "rector-guía" de la misma, es decir, con base en él deben entenderse el resto de los derechos reconocidos en ella. El propósito de este concepto es garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos reconocidos en este instrumento internacional y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación por un adulto de lo que es interés superior del niño no puede primar sobre el goce de todos los derechos del niño contenidos en la Convención.

El Comité señaló que el interés superior del niño es un concepto triple:

1. Derecho sustantivo: el derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial y se tome en cuenta al momento de la ponderación de distintos intereses al adoptar cierta decisión. La Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa de este principio, que es invocable frente a los órganos judiciales;

2. Principio jurídico interpretativo fundamental: se elegirá la interpretación que satisfaga más ampliamente el interés superior del niño.

3. Norma de procedimiento: el proceso de toma de decisiones debe incluir siempre una consideración de las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas, de la decisión en el desarrollo del niño. La justificación de las decisiones deberá establecer que se tomó en cuenta el interés superior del infante.

El concepto de interés superior no es unívoco, sino dinámico, ya que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada niño o niña, a partir de su estado particular, considerando diversos aspectos como: su situación particular, su desarrollo, su contexto cultural y social, y las necesidades propias del niño, entre otros.

Miguel Cillero plantea que la noción de interés superior es una garantía que se traduce en que "los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen". Este principio contiene, sin embargo, elementos mínimos, como son: el derecho a la protección, es decir, todo niño, niña o adolescente debe ser protegido contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el descuido físico, psicológico, mental y emocional. Por otro lado, el concepto establece que se debe garantizar la posibilidad de desarrollo armonioso, es decir, que el niño tenga derecho a crecer en un ambiente sano y con un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Carlos Pérez Vázquez

Intereses difusos

A partir de lo que en esencia dispone el art. 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se entiende por intereses difusos aquéllos de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas indeterminada, relacionadas por circunstancias de hecho comunes, ligadas en virtud de una pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, respecto de una misma prerrogativa. Ejemplos claros son el derecho a un medio ambiente

sano, a que no exista publicidad engañosa o la eficiencia de los servicios públicos, y se conciben como una especie del género derechos o intereses colectivos (*lato sensu*).

Los titulares son usuarios de ciertos servicios o quienes disfrutan de bienes públicos o colectivos, preferentemente grupos vulnerables, discriminados, no organizados con asimetrías en cuanto a información o en relación con otras situaciones.

Son indivisibles, ya que la satisfacción de un fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende, por naturaleza, a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a todos los integrantes del conjunto comunitario.

Obedecen a una evolución del principio de tutela judicial efectiva, que va más allá de los intereses individuales para comprender también, como dignos de protección, los intereses que en un determinado caso afectan a personas de manera colectiva, difusa o indiferenciada, incluyendo a grupos o categorías enteras de personas.

Algún sector de la doctrina los identifica con derechos fundamentales de 2a. y 3a. generación, cuyo fundamento puede ser la igualdad, solidaridad y dignidad, incluso desde una perspectiva internacional, y facultan a una colectividad para ejercer pretensiones o poder de exigencia con el fin de imponer pretensiones de hacer, no hacer o dar, instituidas para la defensa de intereses supraindividuales e indivisibles. Por lo general, dentro de los bienes tutelados se consideran aquéllos esenciales de la vida.

Comenta Gidi que el derecho difuso es de naturaleza transindividual e indivisible, y pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que ahora están relacionadas únicamente por circunstancias de hecho en razón de una situación específica.

Cruz Parcero considera que en el análisis de los derechos o intereses deben tomarse en cuenta tres elementos (titular, objeto y destinatario), lo que da origen a una definición relacional triádica. En ese sentido, resulta que los derechos o intereses pueden tener el calificativo de colectivos en razón de: *a)* sujetos titulares, siendo supraindividuales por corresponder a un conglomerado y ser imposible reducirlos o descomponerlos a la suma de derechos individuales, ya que su violación afecta a todo el grupo como entidad con identidad propia, y *b)* objeto, entendiendo por tal un bien, cosa, servicio o prestaciones tutelados que tengan el carácter de colectivo por tratarse de un bien indivisible o público.

I. *Daño o amenaza*. A diferencia del daño requerido en el interés jurídico, fundado en un derecho subjetivo o en un interés legítimo, en el interés difuso el grado de afectación efectiva se debilita o minimiza, llegando al extremo de no exigir un daño real (materia ambiental), bastando un eventual peligro que determine asumir medidas de protección, atendiendo a los principios de prevención, precaución y sufragar el costo de externalidades.

Es así que el grado de afectación real exigido dependerá de situaciones concretas y la correlación con bienes o valores que en materias específicas se tutelan, dependiendo de si la magnitud del menoscabo aconseje imponer referentes para limitar la legitimación, como pueden ser la vinculación espacial

en el caso de la prestación deficiente de un servicio (la falta de desagües en un barrio no parece legitimar al habitante de otro), los efectos del hecho (hasta dónde llega el daño por la liberación de toxinas en la atmosfera), el carácter con que acudan los sujetos (consumidores o usuarios, incluso probables); en todo caso, siempre es necesaria la lesión o posible afectación diferenciada del sujeto titular que pueda distinguir este tipo de intereses respecto del meramente simple.

II. *Instituciones afines o relacionadas*. Un mismo hecho puede menoscabar intereses difusos (indivisibles) al propio tiempo que derechos individuales homogéneos (divisibles), siendo un ejemplo la afectación al medio ambiente (típicamente indivisible), pero que afecta también prerrogativas individuales escindibles (costo de tratamiento de personas afectadas por emanaciones tóxicas o saneamiento de un determinado terreno contaminado).

Por tal motivo, bajo el concepto de acciones colectivas se hace referencia a medios procesales y de tutela para una pluralidad de intereses, no solo de carácter colectivo sino también derechos de incidencia colectiva, como lo es la figura de los derechos individuales homogéneos, de carácter divisible, que por razones de estricta conveniencia, y no de necesidad lógica, tornan propicio un tratamiento concentrado, además de carecer los afectados de incentivos para intentar acciones individuales, bastando una pluralidad relevante de sujetos incididos aunque los derechos sean divisibles (consumidores), tal es el caso de regulaciones en países como México, Argentina, Brasil y Estados Unidos.

En estos casos la decisión puede resultar disyuntiva: *a)* detener o remediar la afectación colectiva de carácter indivisible (casos de publicidad engañosa o emisión de contaminantes) y *b)* restituir o reparar daños individuales y divisibles.

III. *Legitimación para hacerlos valer*. En cuanto a la formulación o expresión de estos intereses, además de citar los derechos u objetos que protejan, es indispensable tener bien claro cuáles son los valores esenciales o fines que se pretenden satisfacer, a fin de poder establecer su relación directa con el caso y las específicas circunstancias de lesión para proveer la mejor alternativa de tutela práctica y efectiva y de reparación. De no ser así pueden devenir en meras "declamaciones" vacías de contenido. Por tanto, debe atenderse a los derechos fundamentales incididos, a los grupos o sectores afectados, en especial cuando sean vulnerables, desprotegidos, carentes de organización o se ubiquen en situaciones asimétricas de manera que exijan especiales ponderaciones para acercar las decisiones a los fines de equidad más factibles.

En el sistema jurídico de los Estados Unidos, en principio, solo se encuentran legitimados para accionar en defensa de derechos colectivos aquellos sujetos que puedan demostrar que la conducta cuestionada les produce un daño personal y actual, así como que la sentencia a dictarse resultará útil para poner fin a tal situación —*standing o standing to sue*—, semejante al daño cualificado en el sistema mexicano (véase interés simple e interés legítimo).

El estado actual de la regulación es que la legitimación variará dependiendo de criterios judiciales, de los intereses y derechos invocados y de la pretensión deducida.

Por tanto, los criterios pretorianos deben ocuparse y atender a conseguir o construir, en casos específicos, las mejores alternativas de legitimación, tutela, remediación y, en general reparación, tanto colectiva como individual, sobre la base del equilibrio de intereses y razonabilidad de consecuencias en el control judicial.

Estos derechos o intereses, siguiendo algunas ideas de Ferrer, presentan una o varias de las siguientes peculiaridades:

a) No se ubican en el derecho público ni en el privado, sino en el social, incidiendo sobre agrupaciones o sectores desorganizados cuyos miembros se desconocen entre sí y donde quienes los forman pueden entrar y salir del grupo o desubicarse en cualquier momento.

b) Otra peculiaridad es una específica (cualificada) afectación en comparación con la sociedad en general, analizándose el grado en cada caso concreto.

c) Resultan afectados o incididos de manera diferenciada por una externalidad negativa.

d) Es difícil codificarlos, por lo que aparecen dispersos en varias normativas.

e) Protegen muy variados intereses no solo patrimoniales, sino fundamentalmente valores morales, culturales, estéticos, de salud, etcétera, o bienes como el agua y el aire que no están en el comercio y son bienes públicos.

f) Parecen formar parte del derecho administrativo pero lo desbordan.

g) Resulta casi imposible determinar las calidades exactas o inmutables de los sujetos y, por ende, definir las relaciones entre titular y destinatario, o entre sujetos activos y pasivos.

h) La tutela judicial implica idear nuevos conceptos de instituciones como legitimación, representación, garantía, pero también suplencia en pretensiones y pruebas, emplazamientos masivos a sujetos indeterminados, cosa juzgada, etcétera.

Jean Claude Tron Pëtit

Internet (derecho al)

Los orígenes operativos de lo que hoy conocemos como Internet se remontan a finales de la década de los sesentas, durante la época de la llamada "guerra fría", que surgió como un proyecto militar fundamentalmente defensivo en los Estados Unidos.

Además de ser Internet un fenómeno técnico de carácter mundial, también lo es a otros niveles, dentro de los que destacan el económico, político, cultural, educativo, psicológico y por supuesto el jurídico.

En la Resolución A/HRC/20/L.13 del 5 de julio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, basado en los informes del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, presentados al propio Consejo y a la Asamblea General, se señala que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el

art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconociendo la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas, exhortando a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional, comprometiéndose a seguir examinando la promoción, la protección y el disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a la libertad de expresión, en Internet y en otras tecnologías, así como la forma en que Internet puede ser un importante instrumento para el desarrollo y para el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con su programa de trabajo.

En el actual Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 en la Meta Nacional "México Próspero", en una de sus estrategias y línea de acción transversal, se señala la necesidad de "incrementar el número de usuarios del Internet" en México.

La reforma constitucional a la CPEUM, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2013, entre otros rubros, señala en el art. 6o., tercer párrafo, que "El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet".

Por otra parte, y en ese mismo art., el apartado B, frac. I, señala que "El Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales".

Por otro lado, el art. Décimo Cuarto Transitorio de dicha reforma menciona que, entre otras metas de la política pública gubernamental en materia de TIC, por lo menos 70% de todos los hogares y 85% de todas las micros, pequeñas y medianas empresas a nivel nacional, deben contar con accesos a Internet con una velocidad real para descarga de información de conformidad con el promedio registrado en los países miembros de la OCDE.

Finalmente, se señala que el Ejecutivo Federal realizará las acciones tendientes a garantizar el acceso a Internet de banda ancha en edificios e instalaciones de las dependencias y entidades de la administración pública federal, y que las entidades federativas harán lo propio en el ámbito de su competencia.

Julio Téllez Valdés

Interpretación comparada

Interpretare significa ascrivere un significato a una proposizione. La scienza giuridica, si occupa in particolare di quel tipo di interpretazione avente ad oggetto proposizioni deontiche. Lo sviluppo del costituzionalismo e la rapida diffusione dei sistemi di controllo di costituzionalità a livello mondiale hanno portato la dottrina pubblicistica a elaborare teorie che distinguono, sulla base di parametri differenti, l'interpretazione giuridica in generale, da quella costituzionale. Di volta in volta, la specificità dell'interpretazione costituzionale è stata individuata nel suo oggetto (norme vaghe, indeterminate, ideologiche e/o principi); nei suoi interpreti (le Corti costituzionali in *primis*); nel prodotto dell'interpretazione, ossia nel fatto che esso stesso diventi oggetto e determini

il carattere di superiorità della Costituzione (Troper), secondo la nota formula della Corte statunitense nel caso *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958): «the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land»; nei criteri o canoni interpretativi, evidenziando il particolare ruolo che giocano il principio di ragionevolezza e la tecnica del bilanciamento all'interno del giudizio di costituzionalità delle leggi.

Da Savigny in poi, la dottrina continua a discutere in merito all'esatto numero dei canoni di interpretazione e alla loro operatività. Alexy, ad esempio, li divide in sei gruppi: interpretazione semantica, genetica, storica, sistematica, teleologica, per finire con quella comparativa. Anche Häberle afferma che la comparazione assurge oggi a quinto metodo interpretativo, dopo i classici criteri grammaticale, logico, storico e sistematico. Anche il giudice emerito della Corte suprema israeliana Barak ritiene la comparazione utile al fine di scegliere tra i diversi significati possibili di una disposizione costituzionale, integrato con i criteri semantico e teleologico, qualora ci sia nelle diverse Costituzioni un richiamo ai valori di una società democratica o una comune base ideologica e/o di valori fondamentali.

Il punto merita particolare attenzione in quanto si tratta di un argomento che ha generato un acceso dibattito in dottrina e fra gli stessi giudici, rivelando una delle frontiere d'uso della comparazione giuridica. Nonostante le primissime battute di questo dialogo siano state scritte da giuristi tedeschi, è nell'ambito del *Common Law* che si comincia a parlare, negli anni '90, di *transjudicial communication*, *transnational conversation* e *judicial dialogue*, negli scritti di autori come A. Slaughter, C. McRudden e S. Choudhry, con riferimento all'uso, da parte delle Corti costituzionali e supreme, dell'argomento di diritto comparato, o più modestamente al richiamo alla giurisprudenza e al diritto stranieri nelle sentenze, al fine di risolvere questioni di costituzionalità delle norme. Ciò non è un caso, e appare del tutto comprensibile, alla luce della maggiore abitudine dei *common lawyers* al confronto con giurisprudenza di altri Paesi nell'ambito del *Commonwealth*, in applicazione del sistema del precedente.

Più o meno negli stessi anni, il dibattito assume una portata concreta nello scontro a colpi di opinioni di maggioranza, opinioni dissenzienti e dibattiti accademici fra i giudici Scalia e Breyer, rispettivamente contro e a favore dell'uso del diritto straniero come argomento interpretativo nella soluzione di casi di costituzionalità, iniziato nel caso Printz v. U.S. del 1997 e che si inserisce nell'ambito della più ampia disputa fra *originalists* e *constructivists* sull'interpretazione costituzionale. Sporadici riferimenti al diritto straniero si potevano già trovare nella giurisprudenza della Corte Suprema, ma è con la sentenza Knight v. Florida del 1999 che l'uso della comparazione da parte delle Corti diventa un vero e proprio caso, giudiziario e politico, arrivando a conquistare eco internazionale. Nella sua *dissenting opinion*, infatti, il giudice Breyer arriva a citare in maniera quanto mai provocatoria, oltre a giurisprudenza del *Privy Council*, della Corte Suprema canadese, di quella indiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo, una sentenza della Corte Suprema dello Zimbabwe, al fine di sostenere la sua posizione circa l'illegittimità costituzionale della pena di morte eseguita dopo un lungo periodo di detenzione in carcere. Se in

Knight i cavalieri dell'uso della comparazione si erano trovati in minoranza, importanti sentenze successive hanno visto l'ampio utilizzo del richiamo a casi e diritti stranieri per argomentare le scelte della Corte in merito, ad esempio, all'illegittimità costituzionale della penalizzazione della sodomia (Laurence v. Texas del 2003) e della pena di morte ai minori (Roper v. Simmons del 2005).

Conseguenza politica eclatante di questo (ab)uso del diritto straniero sono state le ripetute proposte di legge alla Camera e al Senato, mai approvate, circa l'imposizione del divieto di citazione del diritto straniero nell'interpretazione della Costituzione (ad es., S.Res. 92 (2005) «Resolved, That it is the sense of the Senate that judicial interpretations regarding the meaning of the Constitution of the United States should not be based in whole or in part on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments, laws, or pronouncements inform an understanding of the original meaning of the Constitution of the United States»), arrivando addirittura a proporre l'*impeachment* del giudice in caso di violazione del divieto.

Gli studiosi hanno poi successivamente ampliato il campo di indagine, creando una tassonomia fra Corti meno inclini all'uso di questo canone (come Francia, Italia o Germania) e Corti che addirittura trovano un fondamento positivo nella Costituzione quanto all'utilizzo del diritto straniero (come l'art. 39 della Costituzione sudafricana, che legittima la Corte costituzionale all'uso del diritto straniero —*foreign law*— nell'interpretazione del *Bill of Rights*) o Corti per cui ciò rappresenta un tratto genetico, in quanto giurisdizioni tenute ad applicare anche il diritto prodotto dalle tradizioni comuni dei vari Stati (come la Corte europea dei diritti o la Corte penale internazionale) (Groppi-Ponthoreau).

Tuttavia, al di là degli studi che rilevano il fenomeno attraverso l'analisi del dato giurisprudenziale, occorre concentrarsi sulle ricerche di secondo grado, ossia sulle riflessioni che cercano di inserire questo fenomeno nell'ambito di una teoria dell'argomentazione costituzionale.

M-C.Ponthoreau, pur riconoscendo che l'argomento comparativo realizza quella funzione sovversiva, di maggiore conoscenza e critica del diritto interno che essa stessa aveva attribuito alla comparazione, riconosce che ci sono diversi problemi nel ricorso al diritto comparato all'interno dell'argomentazione costituzionale, fra cui la manifestazione di eccessivo potere discrezionale del giudice nella scelta dei precedenti da citare (*cherrypicking*) e il rischio della decontestualizzazione della citazione.

De Vergottini precisa come il mero richiamo al diritto straniero non costituisca "comparazione" in senso stretto, essendo utilizzato nell'argomentazione alla stregua di un dato di fatto, come per altri elementi extragiuridici, e non come fonte del diritto. Oltre a negare che il fenomeno possa descriversi nella forma di "dialogo", mancando la reciprocità nella comunicazione, l'autore distingue il diverso ruolo che il richiamo al diritto straniero può svolgere nell'argomentazione del giudice: semplice menzione, come forma di ornamento o erudizione discorsiva; argomento comparativo, qualora il giudice attraverso la comparazione sostenga una determinata interpretazione della disposizione costituzionale interna. In questo caso la forma di giustificazione esterna si mescola con quella che rinvia all'utilizzo dei precedenti, a sua volta

legata all'argomentazione dogmatica. Non è un caso che tra i frutti delle ricerche sull'uso del diritto comparato e straniero da parte delle Corti ci sia anche l'apertura di nuovi campi di indagine che si prefiggono di analizzare il peso del richiamo alla dottrina giuridica straniera nei processi di giustificazione da parte delle stesse Corti (Pegoraro). Infine, si ha vero e proprio giudizio comparativo quando dalla comparazione fra diverse norme costituzionali straniere si trae il principio di diritto per risolvere la questione. Mentre numerosi sono i casi di utilizzo del diritto straniero della prima specie, molto minori sono i casi di argomentazione comparativa e scarsissimi quelli di giudizio comparativo, per cui l'uso dell'espressione "dialogo fra Corti" andrebbe senza dubbio ridimensionato.

Silvia Bagni

Interpretación constitucional

La interpretación constitucional es la atribución de sentido a las disposiciones contenidas en el texto constitucional, realizada, en última instancia, por los jueces y tribunales constitucionales, sobre la base del principio de supremacía constitucional, atendiendo a los derechos humanos y a las transformaciones de la realidad constitucional.

El propio término "interpretación" es ambiguo y se distingue entre un sentido "estricto", referido a la aclaración o atribución de significado a una expresión, y otro "amplio", relacionado con el conjunto de operaciones necesarias para resolver un litigio, entre otras, la eliminación de antinomias, la integración de lagunas y la ponderación. De igual forma, se distingue entre interpretación "en abstracto" de un enunciado, y calificación o interpretación "en concreto" de un supuesto de hecho para subsumirlo en una "norma" previamente identificada. Supone también un acto cognoscitivo, decisorio o creativo, a partir de la distinción entre enunciados normativos (disposiciones) y significados de esos enunciados (normas).

La interpretación constitucional implica tanto una actividad hermenéutica, como el resultado interpretativo de la misma, entendida como un procedimiento argumentativo "racional y controlable" en términos de Konrad Hesse. En cuanto tal, reviste una gran importancia en el modelo de Estado constitucional contemporáneo, no solo por tratarse de una labor consustancial al ejercicio de la jurisdicción, en particular de los tribunales constitucionales u órganos similares, sino porque las reglas y principios constitucionales constituyen los principales parámetros de validez de la legislación y los criterios interpretativos del conjunto del ordenamiento jurídico. En última instancia, como lo destacan, entre otros, Manuel Atienza y Raúl Canosa, constituye una forma de racionalizar y controlar el ejercicio del poder a través de la razón jurídica expresada en argumentos interpretativos.

El tema de la interpretación constitucional es problemático en múltiples aspectos. En particular, respecto de los sujetos participantes, significación, objeto y métodos, así como en su relación con la doctrina del control judicial de convencionalidad. Uno de los problemas centrales estriba en que, como lo apunta Jon Elster, la Constitución por sí misma "no resuelve nada, a me-

nos que esté dotada de un sistema de interpretación y aplicación". En efecto, dada la indeterminación parcial del derecho, y atendiendo al principio de inexcusabilidad, la adjudicación constitucional supone aplicar e interpretar la Constitución para solucionar problemas que, en principio, no admiten una única solución posible. Problemática que se representa en cuestión de grados, distinguiendo entre casos "difíciles" o "fáciles", atendiendo a las dudas interpretativas que plantean.

Muchos de los denominados "casos difíciles" se originan a partir de la indeterminación de sus premisas normativas y, por ende, requieren de su interpretación. Entre las fuentes de indeterminación semántica del derecho están los problemas de ambigüedad y vaguedad, así como la falta de consistencia normativa, que se traduce en antinomias. Otra dificultad radica en las inconsistencias derivadas de reformas constantes a la Constitución que extienden, en ocasiones de manera excesiva, su contenido reglamentario, y, en particular, a partir del carácter abierto y abstracto de su contenido, caracterizado por la inclusión de términos valorativos, no solo en la formulación de reglas, sino particularmente a partir de la inclusión de principios y valores que requieren, para su aplicación, de una argumentación con base en consideraciones o razones morales, como lo han destacado, entre otros, Ronald Dworkin, David Brink y Andrei Marmor.

Entre las diferentes clases de interpretación destaca la que atiende a los sujetos. Entre ellas, y con efectos distintos, se distingue entre interpretación auténtica, realizada por el órgano constituyente o reformador; definitoria o última, por tribunales constitucionales u órganos límite; doctrinal, elaborada por especialistas, y práctica u operativa, realizada por sujetos que actúan en los diferentes ámbitos de aplicación de la Constitución. Con base en ello se reconoce una pluralidad de intérpretes constitucionales.

En general, la significación constitucional depende de la actividad de sus intérpretes y del modelo de sistema de control de la constitucionalidad que se adopte (concentrado, difuso o mixto). En aquellos modelos que establecen un tribunal constitucional, o su equivalente, como máximo intérprete constitucional (aunque no el único), su interpretación tiene un carácter autoritativo y obligatorio para el conjunto de operadores jurídicos, lo que implica, en ciertos casos, declarar la invalidez de una ley aprobada por un órgano legislativo electo democráticamente, siempre que no sea posible salvar su constitucionalidad mediante la interpretación conforme. Esta posibilidad no está exenta de críticas respecto del poder decisorio que puede llegar a ejercer la judicatura frente a los denominados órganos mayoritarios, de ahí que se exija un adecuado equilibrio entre el principio democrático que subyace a la noción de imperio de la ley; el principio de supremacía constitucional; la salvaguarda del contenido esencial de los derechos humanos, y del propio régimen democrático. Por ello se afirma que la interpretación constitucional implica considerar necesariamente las relaciones de los diversos órganos estatales constituidos entre sí, y de éstos con el denominado poder constituyente o el órgano reformador de la Constitución, así como la relación entre el Estado y la ciudadanía.

En cuanto al objeto de la interpretación constitucional, involucra tanto a la Constitución como a la legislación infraconstitucional y, en general, al

conjunto de valores y principios que conforman la cultura constitucional. En lo concerniente a los métodos o técnicas interpretativas, se han distinguido dos perspectivas diferentes: el punto de vista descriptivo y el punto de vista normativo. El primero describe las diferentes técnicas empleadas por los intérpretes constitucionales, mientras que el segundo considera que aquéllos deberían seguir ciertas técnicas específicas.

Aunque no existe un consenso doctrinario, se suelen identificar diferentes tipos de argumentos interpretativos, entre ellos, el semántico, el genético, el histórico, el comparativo, el sistemático y el teleológico, y se distingue entre interpretación restrictiva, extensiva, evolutiva y mutativa. Asimismo, se han identificado algunos "principios de interpretación constitucional", como el principio *pro persona* o aquéllos propuestos por Hesse, tales como la unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la corrección funcional y la fuerza normativa de la Constitución, y algunas pautas como la interpretación conforme, la presunción de constitucionalidad, la razonabilidad y la fórmula política.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que los derechos humanos, en tanto contenidos materialmente constitucionales, asumen la forma de principios, se plantea la exigencia de realizar interpretaciones a la luz de consideraciones axiológicas, lo que supone reconocer cierto margen de libertad, por un lado, al intérprete, para "rellenar" su contenido y, por otro, al legislador, para su configuración. Se destaca también la importancia de una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos, a fin de garantizar la eficacia de la Constitución y su fuerza normativa.

Finalmente, de conformidad con la doctrina del control de convencionalidad, forjada con especial énfasis por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la interpretación constitucional que realizan los tribunales estatales debe atender los parámetros interamericanos (tratados y jurisprudencia) como parte del ordenamiento jurídico y de los razonamientos judiciales, de forma tal que, como lo precisara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria" (*Caso Gelman vs. Uruguay,* 2013). Lo anterior supone una ampliación no solo del objeto de la interpretación constitucional, respecto de los tratados y jurisprudencia internacionales, sino también respecto a los sujetos, al incorporar a los tribunales internacionales como intérpretes constitucionales, evidenciando así una dimensión transnacional de la interpretación constitucional en materia de derechos humanos.

Salvador O. Nava Gomar
Javier M. Ortiz Flores

Interpretación constitucional (evolutividad)

La validez de las disposiciones que componen un orden jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general eficacia es condición de validez, y, en todo caso, distinguía entre ésta y aquélla

e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. La eficacia se presenta así como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad, porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que, en el ámbito de la realidad, se mueven, acomodan sus acciones a lo previsto la norma.

Las disposiciones del orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos, pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). Entonces, la vía principal de esa adaptación para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento es, en rigor, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica. Porque, como recuerda Emilio Betti, hay una tensión latente entre las opuestas tendencias, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

La interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo "tradicional" o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo.

En la esfera constitucional, la tensión entre normatividad y normalidad resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Sucede por varios motivos, el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia suele, por lo general, ser digna de aprecio. La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada, produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva, porque ésta garantiza la "movilidad" de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa, en los términos de Loewenstein, es necesario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional

que acaba siendo una interpretación tópica y, por ello mismo, imprecisa, pero que, en todo caso, ha de encaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

Wrobelsky se refiere a la interpretación operativa de la Constitución, es decir, a aquella que despliega los efectos queridos en la ley fundamental. Por su parte, Hesse maneja una idea similar, según él hay que promover la voluntad de la Constitución. Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional y, para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en ésta se produzcan.

Además de la rigidez del programa normativo y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo, hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones, su formalización en abstracto con abundancia de principios. No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; éste no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades, favorece la creatividad del intérprete, la cual se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse en captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.

En los términos de Hesse, el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política) donde se proyectan, favorece, sino exige, una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva, se mantiene inalterable, a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, varía constantemente. Como aquél es muy difícil reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo como símbolo, la interpretación evolutiva entra en juego para extraer de los preceptos antiguos normas nuevas, sentidos normativos ni siquiera imaginados por los autores.

Raúl Canosa Usera

Interpretación constitucional (factor axiológico)

A pesar de la controversia que lo axiológico suscita entre los juristas, es innegable la carga estimativa que siempre ha estado presente en los órdenes jurídicos, como expresión de los valores subyacentes en cada sociedad dada (Reale). Si así son las cosas, toda interpretación ha de tener "carácter estimativo", apunta Lucas Verdú. Sin embargo, Schmitt, en el conocidísimo artículo que tituló *La tiranía de los valores* se extendía en múltiples consideraciones que despiertan la conciencia crítica respecto a los valores. El publicista alemán aduce, no sin cierta razón, que a través de las Constituciones modernas se

han incorporado al derecho innumerables e innecesarios datos valorativos. La consecuencia de ello es la inclusión misma de los deseos, fines y proyectos de las sociedades humanas, su utopía, dentro de un texto legislativo. Ello transforma radicalmente el acercamiento científico al derecho, porque la propia lógica de los valores impone su fuerza expansiva. Debemos convenir en la exactitud del razonamiento schmittiano porque, en verdad, la consideración hermenéutica de la Constitución ha sufrido el influjo profundo de la carga axiológica que contiene. Sin entrar a juzgar lo acertado, no de incluir componentes valorativos de tanta magnitud como los que hallamos actualmente en las Constituciones, es preciso, no obstante, reconocer su existencia y la exigencia derivada de la propia fuerza normativa de la carta para ser cumplidos.

La dificultad estriba en dar un rostro unitario a ese orden de valores que representa la Constitución. Al respecto, el derecho natural no parece poder brindarnos una solución por lo etéreo y fragmentario de sus conclusiones. No poseemos una línea directiva que nos oriente en la interpretación de la materia axiológica. Por ello, su comprensión sirve, al mismo tiempo, de orientación de sí misma. Quienes han criticado las Constituciones modernas por cargar las tintas sobre estos aspectos estimativos olvidan que ya las codificaciones abrieron la era de un tratamiento axiomático del derecho. Los códigos impusieron, en su regulación aparentemente aséptica, todo en orden axiológico. La exigencia de vinculación que toda sociedad necesita a un orden axiológico se manifiesta, primerísimamente, a través del derecho. Es más, a la vista de la evolución de los sistemas jurídicos modernos, podemos constatar la profundización verificada en esta relación vinculatoria entre derecho y orden axiológico. Por ello, es legítimo concluir que éste constituye un elemento estructural de la elaboración y aplicación del derecho en el presente.

Las Constituciones se encargan de servir como vehículos catalizadores de esa profundización axiológica del derecho, al introducir numerosísimos elementos estimativos que acaban caracterizando sustancialmente las Constituciones. Esto resulta especialmente fácil de apreciar en su parte dogmática, sobre todo en aquélla relativa a los derechos fundamentales o al principio de igualdad sustancial, pero no es desdeñable tampoco en la parte orgánica, a pesar de que en esta última prevalezcan los componentes técnicos.

Como la plasmación estimativa resulta evidente, no es legítimo adoptar ninguna postura de indiferencia estimativa, a pesar de que cierta doctrina aconseje una consideración formalista de los preceptos que presentan tal contenido, aduciendo que, al incorporarse a una legislación cualquiera, pierden su naturaleza estimativa y adoptan la plena normativa. Sin embargo, este modo de proceder acarrea un acercamiento incorrecto y estéril al derecho constitucional porque no es posible con criterios formalistas desentrañar toda la carga normativa de los preceptos en cuestión. El intérprete debe asegurarse de que los resultados serán satisfactorios; para ello, debe emplear los elementos y los criterios justos con miras a esos objetivos. Tales criterios nunca podrán reducirse a los estrictamente formales, porque ello costaría, en ocasiones, la inaplicación de ciertas normas (recuérdese la polémica sobre la fuerza normativa de las disposiciones programáticas) o, como mal menor, un interpretación sesgada de las mismas.

Por todo ello, la tarea de los máximos intérpretes constitucionales es estimativa, tanto en el control de la constitucionalidad como en la determinación del alcance de los derechos fundamentales. Cuando el juez constitucional se enfrenta a la oscuridad del texto acaba, incluso sin proponérselo, argumentando estimativamente, en especial si el objeto interpretado lo componen las disposiciones de contenido más claramente axiológico. En tal operación, el peligro estriba en que el intérprete supremo extraiga del valor una regla qué oponer a la acción enjuiciada —legislativa o no—. Esta espuria "jurisprudencia de valores" ensancharía, sin justificación, la libertad del intérprete. Más bien lo que ha de ocurrir es que la interpretación de las reglas —constitucionales o no— se haga a las luz de los principios y valores para ofrecer entonces su faz mejor, por ser conforme a esos valores y principios. Esto significa la interpretación conforme a la Constitución, que no es otra cosa que la interpretación conforme a los valores y principios recogidos en la carta fundamental. No puede, definitivamente, eludirse la discusión acerca de la pertinencia de un pensamiento jurídico orientado, en los términos apuntados, por los valores que las Constituciones modernas encarnan y que, al estar ya expresamente incorporados, exigen el despliegue de la fuerza normativa que les corresponde.

Raúl Canosa Usera

Interpretación constitucional (métodos)

La aplicación de la norma al caso concreto, o "técnica jurídica", es un proceso jurídico complejo porque individualiza el derecho en un caso concreto. Por su naturaleza, requiere de un conjunto de procedimientos y recursos, entre ellos "métodos". La voz método deriva del latín *methŏdus*, y del griego *μέθοδος*, se compone por *metha* (a lo largo) y *odos* (camino), es el camino ordenado que sigue para el logro de un objetivo. Los métodos son "lógicos" (inducción y deducción) y "epistemológicos" (observación, análisis, síntesis, etcétera).

En el *Compendio moral salmaticense* (1805), a la pregunta *¿qué es interpretación?*, se responde: *Declaratio verborum legis*, de manera auténtica, usual y doctrinal. Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) desarrolla los métodos de interpretación jurídica literal o gramatical, histórico, lógico y sistemático. Eduardo García Máynez afirma que interpretar es "desentrañar el sentido de una expresión" (1990-325). En materia jurídica, en el nivel constitucional o legal, se interpretan normas para establecer su sentido y alcances (tesis P. CIV/2000). En el análisis de los signos o "interpretación" adquiere relevancia el "texto", así, podemos transitar a una "hermenéutica" que según Michel Foucault es el "conjunto de conocimientos y técnicas que permiten que los signos hablen y nos descubran sus sentidos" (2001-38). Según Mario Teodoro Rodríguez (2003-5), la hermenéutica expresa una teoría general de la comprensión y la interpretación.

Por último, la palabra "constitución" proviene de *constitutio*, *constitutionis*, que se forma del verbo *constituere* (establecer, colocar, organizar, construir). La Constitución es la ley suprema de un Estado que plasma la organización, competencias y los límites al poder público: los derechos humanos. Una Cons-

titución se puede analizar desde diversas perspectivas: cratológica o política (poder), estructural (ingeniería constitucional), valorativa y normativa [principios (ponderación) y normas (subsunción)], programática (programa de futuro para una nación), sociológica (factores reales de poder), económica (bienes de la nación, sistema económico), etcétera.

¿Por qué se requiere interpretar la Constitución? Las normas constitucionales son generales, sintéticas, de significación valorativa, abiertas y con énfasis en principios, por lo que se distinguen de las normas secundarias por su origen (poder constituyente o constituyente permanente), su estructura (son la norma suprema), por su validez (son fuente de origen de las demás normas) y su contenido (principios y normas). Al destacar las características peculiares de las normas constitucionales, Jorge Carpizo (1991-1791) sostiene que se debe a su materia, a su carácter de supremas, al órgano que las crea y modifica, y a su rigidez.

A las normas constitucionales se les aplican los mismos métodos de interpretación que a otras normas del sistema jurídico, sin embargo, los métodos de interpretación constitucional deben considerar sus diversos aspectos. Los métodos de interpretación constitucional son "las vías que elige el juez constitucional para entender o comprender el qué, el cómo, el por qué y para qué de las abstracciones que se integran a las normas constitucionales", para individualizarlas y aplicarlas en casos concretos, su objeto es el conjunto de principios y normas que integran la Constitución. Así, según Rodolfo Luis Vigo, la interpretación constitucional intenta fijar el sentido de una norma constitucional, o fija el sentido de una norma o un comportamiento en relación con la Constitución.

Las reformas recientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de amparo (6 de julio de 2011), derechos humanos (10 de julio de 2011) y política (9 de agosto de 2012), nos obligan a revisar la manera en la que aplicamos las normas jurídicas en los casos concretos, por lo anterior adquiere relevancia la Constitución. En la actualidad encontramos en nuestra ley fundamental los siguientes métodos de interpretación constitucional:

a) Interpretación conforme constitucional y convencional internacional de las normas relativas a los derechos humanos privilegiando el principio *pro personae* (art. 1o., CPEUM). La primera permite que de entre varias interpretaciones de un precepto solo sean válidas las que se acomoden a la Constitución. La "interpretación conforme" permite que los derechos derivados de los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalezcan sobre las normas internas si contienen disposiciones más favorables para el goce y ejercicio de los derechos humanos —tesis I.3o.P. J/1 (10a.)—. El control de convencionalidad *ex officio* autoriza a prescindir del precepto de derecho interno y aplicar un instrumento internacional en materia de derechos humanos —tesis P. LXVII/2011(9a.) y tesis P. V/2013 (10a.)—.

b) Ponderación, en especial en las materias de transparencia y electoral, sustentada en principios (arts. 6o., "A", frac. I, y 41, CPEUM).

c) Interpretación conforme a la letra, a la interpretación jurídica de la ley, o en los principios generales del derecho (art. 14, CPEUM). Así, se ordena al órgano jurisdiccional aplicar las normas conforme a la letra o su inter-

pretación jurídica, a falta de ésta, considerando los principios generales del derecho.

d) Interpretación legislativa o auténtica (art. 72, inciso f, CPEUM), que se encomienda al mismo órgano que crea la ley, o sea, del Poder Legislativo —tesis P./J. 87/2005—, históricamente remite al *référé législatif* francés de 1791 y 1837.

e) Interpretación jurisprudencial (art. 94, párrafo décimo, CPEUM).

f) Interpretación por contradicción de tesis en materia electoral (art. 99, párrafo séptimo, CPEUM).

g) Interpretación directa de un precepto de la Constitución (art. 107, frac. IX, CPEUM).

Otros métodos son: *a)* el método genético-teleológico permite descubrir las causas que generaron determinada enmienda constitucional —tesis P. XXVIII/98—; *b)* interpretación doctrinal que la que realizan los jurisconsultos —tesis 2a. LXIII/2001—; *c)* método de interpretación histórico, con dos sus dos variantes interpretativas: histórico tradicional e histórica progresiva de la Constitución —tesis P./J. 61/2000—; *d)* método de interpretación sistemático que considera que las normas jurídicas forman parte de un sistema y que se relacionan entre sí, por lo que se interpretan armónicamente, y *e)* método de interpretación teleológico, tratando de encontrar el *telos* o fin que la norma persigue. La importancia de la elección del método de interpretación constitucional es que permite arribar a una solución jurídicamente aceptable, por lo que cualquier solución del intérprete debe ser congruente y sistemática —tesis P. XII/2006—.

En el derecho comparado encontramos que en el art. II-112 "Alcance e interpretación de los derechos y principios", numerales 3, 4, 6 y 7, del "Tratado Por el que se establece una Constitución para Europa" (Bruselas, 29 de octubre de 2004), se destaca que los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. También que las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales obligan a los órganos jurisdiccionales y a los Estados miembros.

En la Constitución de Alemania de 1949 se prescribe que los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial como derecho aplicable (art. 1o.). La Constitución de España de 1978 asienta que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales (art. 10, numeral 2). La Constitución del Ecuador de 2008 establece que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deben aplicar la norma e interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (art. 11). La Constitución de Jamaica de 1962 establece reglas de interpretación, entre ellas destaca los conceptos de "ley", "oficial" y "oficialmente" (art. 1o.). La Constitución prevalece y anula las partes de la ley que no concuerden con ella (art. 2o.). En Zambia, la Constitución de 1991, numeral 2. (1) incluye conceptos como "Constitución". La Constitución de Barbados de 1966 contiene una serie de conceptos de interpretación, entre

ellos los de contravención, corte y ley disciplinaria. El Capítulo II, art. 19, "Interpretación y salvaguardas", de la Constitución de Botswana de 1966, contiene una serie de conceptos y su significado que constituyen reglas de interpretación, entre ellos: Corte, ley disciplinaria y representante legal.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969 destaca, en su art. 29, "Normas de Interpretación", que: ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada para suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos; limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en las leyes de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención; excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales iguales.

En la Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 se interpreta el art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Daniel Márquez

Interpretación constitucional (pluralidad de intérpretes)

La noción de pluralidad de intérpretes de la Constitución se corresponde con una concepción amplia del término interpretación constitucional, no limitada a aquella que realizan los tribunales constitucionales, y supone reconocer no solo a los participantes formales en el proceso constitucional, y en su dinámica, sino también a todos aquellos sujetos —individuales y colectivos, públicos y privados— que participan materialmente de la realidad constitucional.

Ello sobre la premisa de que la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad y, en cuanto tal, el principal instrumento de integración política; parámetro primordial de validez del ordenamiento jurídico; mecanismo de garantía de los derechos humanos; proyecto y guía de convivencia social, y modelo de institucionalización de la dignidad de las personas y de la democracia no solo participativa sino también deliberativa, abierta y plural. Desde esta perspectiva, la pluralidad de intérpretes constitucionales implica reconocer un vínculo entre democracia, participación, Constitución e interpretación.

En general, se reconoce que la interpretación de la Constitución no puede ser una función exclusiva y excluyente de los jueces constitucionales, sino que en ella participan otros sujetos o agentes públicos y privados, como el Parlamento, organismos públicos y los partidos políticos, así como especialistas, organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación, agrupaciones religiosas, otros grupos de la sociedad y la ciudadanía en general, aunque se reconoce también que la responsabilidad última de la interpretación de la Constitución se mantiene en la jurisdicción constitucional (Tribunal Constitucional).

Tradicionalmente se distinguen dos tipos de interpretación: la *auténtica,* llevada a cabo por los órganos jurídicos de aplicación (por ejemplo, tribunales, Parlamento —interpretación auténtica en sentido estricto— y órganos administrativos), y la interpretación *no auténtica,* que no se realiza por un órgano jurídico sino por una persona privada y, particularmente, por quienes participan del desarrollo de la ciencia jurídica (doctrinal). Solo la interpretación auténtica se considera vinculante, aunque otras interpretaciones pueden tener un carácter persuasivo. En general, se identifican diferentes tipos de interpretación constitucional según sus intérpretes: legislativa, administrativa, judicial, doctrinal y "popular", esta última —como lo expresó Jorge Carpizo— realizada por "los habitantes en sus relaciones con las autoridades, cuando los primeros piensan que sus derechos han sido infringidos", la cual puede llegar a tener relevancia, especialmente como opinión pública, y puede hacer que se realicen cambios trascendentes en el gobierno.

En la actualidad, la doctrina constitucional reconoce la importancia de los diversos partícipes en la interpretación constitucional. Como lo advirtió Raúl Canosa en su libro *Interpretación constitucional y fórmula política* (1988), la pluralidad de intérpretes implica un control de constitucionalidad disperso y más eficaz. Así lo ha destacado también Peter Häberle el expresar su tesis —en sentido normativo— acerca de la *sociedad abierta de los intérpretes constitucionales* (1975), según la cual en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. Esta tesis supone el reconocimiento de sociedades pluralistas y otorga un papel más activo a los sujetos o destinatarios de la Constitución en la conformación de la "realidad constitucional", lo que significa el tránsito de la "sociedad cerrada" de los intérpretes constitucionales a la "interpretación *por* y *para* la sociedad abierta"; ello supone también la "democratización de la interpretación constitucional" frente a aquellas concepciones que reservan exclusivamente la interpretación de la Constitución al legislador o a los jueces constitucionales.

Häberle propone una sistematización de escenarios y participantes en la interpretación constitucional, a partir de la premisa de "quien vive la norma, también la interpreta": *a)* las funciones estatales, que incluye al Tribunal Constitucional y a los sujetos a los que el orden jurídico encomienda la producción de decisiones obligatorias, pero revisables, como los órganos jurisdiccionales, legislativos y ejecutivos; *b)* los participantes, no necesariamente de carácter estatal, en los procedimientos constitucionales (jurisdiccionales, legislativos y administrativos); *c)* el "espacio público democrático-pluralista" (el proceso político como "gran excitador"), que incluye, pero no se limita a, medios de comunicación, el periodismo profesional, cartas de los lectores, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos (fuera de su participación orgánica), iglesias, instituciones de extensión cultural, pedagogos, asociaciones de padres de familia, quienes imprimen fuerza normativa al proceso político, previamente a la interpretación de la Constitución por los jueces, y *d)* la teoría del derecho constitucional, que tematiza las diversas formas de participación y ella misma participa en los diversos escenarios de la interpretación.

Desde esta perspectiva, la interpretación constitucional no se limita a una actividad puramente estatal, sino que en potencia tienen acceso a ella todas

las fuerzas de la comunidad política que participan en el desarrollo, en forma independientemente, de un derecho constitucional material.

El reconocimiento de la pluralidad de intérpretes supone también el de la importancia de los votos minoritarios de los jueces constitucionales y su "fuerza normativa", así como la relevancia del proceso político y de otras opiniones en el proceso constitucional, incluyendo a las partes en sentido formal y a otros sujetos, que pueden generar o detonar interpretaciones alternativas o confirmar una dada; para lo cual se han implementado mecanismos tales como la celebración de audiencias públicas en procesos constitucionales de interés general o a partir de la institucionalización de la figura del *amicus curiae.* Desde esta perspectiva, ningún tribunal constitucional puede válidamente ser indiferente o insensible a la interpretación de otros sujetos, como los ciudadanos y grupos pluralistas.

Siguiendo el modelo expuesto por Häberle, la tesis de la ampliación del círculo de los intérpretes de la Constitución encuentra su justificación en diversos tipos de razones provenientes de: *a)* la teoría de la interpretación; *b)* la teoría del derecho; *c)* la teoría constitucional, y *d)* la teoría democrática.

La interpretación es un proceso abierto y no una modalidad de recepción pasiva de criterios sin posibilidades alternativas; además la idea de los nuevos intérpretes constitucionales no es sino una consecuencia necesaria de la inclusión de la realidad en el proceso interpretativo —ya que los intérpretes participan y constituyen parte de esa realidad pluralista— y, por tanto, la norma no es un dato previamente determinado. Como lo apuntara Konrad Hesse, las normas constitucionales no son "completas ni perfectas", y la Constitución es un "ordenamiento abierto". Por otra parte (como lo han destacado Lucas Verdú, Raúl Canosa y el propio Häberle, entre otros), la "fórmula política" y las "fuerzas pluralistas" de la sociedad inciden en la actividad interpretativa al formar parte del espacio público y de la realidad constitucional, siendo que la Constitución no solo es una estructuración del Estado, sino también de la sociedad. Adicionalmente, la teoría de los derechos humanos y la democracia inciden en la interpretación constitucional como factor de legitimación y también como un espacio de participación.

Finalmente, en las últimas décadas, la influencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional —su dimensión transnacional— ha ampliado también la noción de intérpretes constitucionales a las instancias supranacionales de protección de estos humanos, en especial a los tribunales regionales en la materia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los cuales —como lo apunta uno de sus actuales integrantes, el juez mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor— se les reconoce cada vez más como intérpretes constitucionales por ser órganos últimos de control de convencionalidad, complementario al control de constitucionalidad nacional, y constitutivo de la función constitucional del derecho internacional como un *Ius constitutionale commune*.

Salvador O. Nava Gomar
Mauricio I. del Toro Huerta

Interpretación constitucional (politicidad)

Los jueces, al interpretar, no son "el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes" (Montesquieu), que era tanto como afirmar que expresaban exactamente la voluntad del legislador. El intérprete no puede expresar esta *voluntas legislatoris* que no pudo prever como la realidad futura evolucionaría, sino que, constreñido por esos cambios y por las circunstancias en torno, ha de hallar, en el enunciado normativo, un sentido, una norma concreta que permita a la disposición seguir siendo eficaz.

En esta labor, el intérprete está poniendo de su parte; creando, no se limita a la mera subsunción. Es verdad que la literalidad del precepto y su finalidad le constriñen y no puede extraer de las palabras de la disposición un significado incompatible con ellas ni tampoco puede pervertir la finalidad de la disposición ni sacarla de su contexto normativo. Siguen jugando, pues, los elementos literal, lógico, teleológico y sistemático de la interpretación, pero a su lado y modulándolos aparecen los elementos evolutivo, político y axiológico. Entra en el campo de acción del intérprete la ponderación que el peso que cada elemento presentará en un caso dado, porque la interpretación, y con ella el uso de tal o cual elemento interpretativo, es una tarea singular, para un caso concreto. Todos ellos vendrán catalizados por la creatividad del intérprete que, en esos márgenes tan amplios, habrá, tópicamente, de encontrar la solución correcta.

El intérprete goza, pues, de libertad —creatividad— para inclinarse entre una u otra opción interpretativa —retrógrada o progresista—, por aquella que mejor se ajuste a la realidad del momento (elemento evolutivo), a las circunstancias políticas del presente (politicidad) y mejor despliegue los valores constitucionales (factor axiológico). Pero como se trata de una realidad política, el intérprete supremo de la Constitución está llamado colaborar en el proceso de integración del Estado (Smend), al que, en último término, ha de servir su labor hermenéutica. Es por ello por lo que ha de anticipar las consecuencias políticas de sus resoluciones para asegurarse de que su impacto no producirá un efecto desintegrador, ya que si lo que se pretende es que la norma extraída de un precepto constitucional regule efectivamente la realidad política sin perturbarla ni crear conflictos políticos evitables, el intérprete supremo ha de ser cuidadoso; es el ejemplo histórico del Tribunal Supremo de los Estados Unidos con su criterio de las cuestiones políticas para declinar pronunciarse acerca de asuntos que mejor tratarían el Ejecutivo o el Legislativo. Así evitaba convertirse, mediante un ejercicio de autocontrol, en actor político. Pero no siempre el Tribunal Supremo puede eludir pronunciamientos con repercusiones políticas —todos los suyos la tienen— y, por lo general, los máximos intérpretes carecen de un *certiorari* que les permita escoger los casos, así que ante la imposibilidad de evitar pronunciarse deben considerar las consecuencias políticas de sus resoluciones y escoger la solución interpretativa que, fruto de una argumentación cuidadosa, produzca la menor controversia política posible. Este proceder permite al máximo intérprete colaborar en el proceso de integración estatal.

La tesis de las *political questions* es en cierto modo falaz porque la Corte Suprema decide cuándo está ante una de ellas y debe declinar pronunciarse, y en esta decisión hay ya una opción política. Por lo demás, la materia con la que están hechas las disposiciones constitucionales es por esencia política; todo derecho constitucional es político, aunque no todo derecho político sea constitucional. Así que toda interpretación constitucional queda concernida por esa peculiar naturaleza que no es sino reflejo, en las disposiciones constitucionales, de la realidad política que vienen a regular.

Sin embargo, la necesaria compenetración entre normatividad política y normalidad, igualmente política, no puede implicar que el máximo intérprete se convierta en promotor de transformación social y política alguna, ni legitima una interpretación alternativa orientada ideológicamente por el intérprete, a quien corresponde la defensa de la Constitución mediante una interpretación que promueva su eficacia normativa. De la función transformadora de la realidad que las Constituciones contemporáneas suelen auspiciar no puede encargarse ningún intérprete, ni siquiera el intérprete supremo, sino el legislador democrático. Porque la especial apertura a posibles interpretaciones que presentan las disposiciones constitucionales favorece la libertad del intérprete supremo pero no le autoriza a cerrar opciones futuras para el legislador democrático que el constituyente haya dejado deliberadamente abiertas. Más bien se trata de hallar interpretaciones posibles y alternativas —fijando, eso sí, sus límites insoslayables— que, incluso, amplíen las posibilidades del legislador, dando cobertura a su legislación. En relación con la situación anterior se suscita el peligro opuesto: una interpretación constitucional tan abierta que acabe suponiendo una mutación de la Constitución. Son varias las formas por las cuales puede operarse una mutación a través de la interpretación, pero una de ellas es ampararse en el carácter polisémico de las disposiciones constitucionales para consagrar acciones legislativas *a priori* discutibles. En estos supuestos se consagra una nueva interpretación del precepto constitucional en la que encaje la nueva ley. El peligro radica en que la expansividad de la interpretación transforme radicalmente el orden jurídico y acabe defendiéndose la ley frente a la Constitución, y ésta deje de constituir y no decida nada, salvo un lábil y amplio marco donde con toda libertad se mueva el legislador.

Raúl Canosa Usera

Interpretación de tratados de derechos humanos

I. *Naturaleza*. La interpretación de tratados internacionales de derechos humanos (en lo sucesivo TIDH) considera no solo el interés de sus Estados partes sino también el orden público que subyace en su efectiva aplicación: "A diferencia de los tratados de clase ordinaria, la Convención comprende más que meros compromisos recíprocos entre los Estados partes. Ésta crea, sobre y más allá de esa red de recíprocos deberes, obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se benefician del *cumplimiento colectivo*" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en lo sucesivo TEDH—, *Irlanda v. RU*, 1978). Con esta doctrina de interpretación *sui generis*, el "derecho internacional de los derechos

humanos": 1. Asume el carácter especial de los TIDH al distinguirlos de los que solo norman intereses recíprocos; 2. Avala métodos de interpretación y mecanismos de supervisión particulares; 3. Establece valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano; 4. Garantiza la concreción sustantiva, real y práctica de los derechos humanos, y 5. Reconoce el interés general colectivo al establecer obligaciones internacionales de carácter objetivo. Por ello, la intención original de las partes sobre el sentido específico de un término guarda, en la interpretación de los TIDH, un papel limitado (véase Corte Interamericana de Derechos Humanos —en lo sucesivo CIDH—, *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, 2005).

II. *Regulación*. El hecho que los TIDH tengan carácter especial no significa que se interpreten de forma diferente no coherente con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (en lo sucesivo Convención). Efectivamente, si bien únicamente los Estados partes son miembros de la Convención, los tribunales, comisiones y órganos de vigilancia a cargo de interpretar los TIDH, ya sean ordinarios o especiales e internacionales o regionales, están compelidos a utilizar su *Regla general de interpretación* y *Medios de interpretación complementarios* debido a que: 1. Éstos son derecho consuetudinario codificado que obliga a los Estados partes a respetar los derechos humanos; 2. Esas instancias cubren con su función espacios que originalmente corresponden a esos Estados partes obligados a su observancia; 3. La interpretación especial que realizan refleja la práctica ulterior de los Estados partes en el sentido que lo establece la propia Convención (art. 31.3); 4. Esa tarea interpretativa garantiza que los derechos humanos sean aplicados tanto por los órganos nacionales como internacionales de acuerdo con su objeto y fin; 5. Ese marco regulatorio común asegura que la interpretación especializada de los TIDH sea uniforme, comprensiva, racional, predecible, legítima, reproducible y confiable, y 6. Los TIDH no contienen usualmente disposiciones para su interpretación (véase TEDH, *Golder v. RU*, 1975; *Rantsev v. Chipre y Rusia*, 2010; CIDH, *Masacre*…, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Casos 9777 y 9718 —Argentina—*, 1988).

III. *Métodos especiales*. A la luz de la Convención, la interpretación de los TIDH considera su texto y contexto pero, ante todo, el cumplimiento de su objeto y fin: la protección efectiva de los derechos humanos. Por esta naturaleza especial, los tribunales, comités y órganos de vigilancia desarrollan, a través de técnicas particulares que no guardan prelación, conceptos autónomos que contienen definiciones y sentidos independientes a los que comprende el derecho interno de los países obligados (véase TEDH, *Pellegrin v. Francia*, 1999 y CIDH, *Masacre...*). Para ese fin toman en cuenta, con diferentes grados de aceptación y en diversos ámbitos de aplicación, los principios siguientes: 1. Texto, contexto, objeto y fin: la interpretación de los TIDH obliga a que éstos sean leídos de manera holística (véase TEDH, *Soering v. RU*, 1989), por lo que considera: la buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos junto con su objeto y fin, premisa ésta que se traduce en mandatos y estándares en favor de los derechos humanos (por ejemplo, la CIDH señaló que por buena fe los Estados deben "realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Inte-

ramericana" (*Loayza-Tamayo v. Perú*, 1997). 2. Instrumento vivo: éste asume la interpretación dinámica de los derechos humanos al tomar en cuenta *juntamente* con el contexto: *a)* todo acuerdo ulterior entre las partes sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones, y *b)* toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Este principio extiende el contenido de derechos humanos e indica que el sentido de sus términos no es estático. Por ejemplo, el TEDH subrayó: el "Convenio es un instrumento vivo que... debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales" (*Tyrer v. RU*, 1978); mientras que la CIDH indicó que la interpretación de los TIDH: "tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales" (*Masacre*…). 3. Efecto útil: la protección efectiva de los derechos humanos no debe hacer depender la interpretación de los TIDH de la intención original de los Estados partes, ni tampoco a requisitos técnicos sustantivos y procesales limitativos, lo que conlleva a que sus disposiciones sean interpretadas para que su salvaguarda resulte efectiva y práctica (véase TEDH, *Papamichalopoulos y otros v. Grecia*, 1993; CIDH, *Ricardo Canese v. Paraguay*, 2004, y Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *Scanlen y Holderness v. Zimbabwe*, 2009). 4. Universalidad: la interpretación de un TIDH debe considerar toda norma pertinente del "derecho internacional de los derechos humanos" aplicable a las relaciones entre los Estados partes (art. 31.3); máxime que esos derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Con ello se reconoce la existencia un sistema jurídico universal y convergente que abarca lo local, regional y global. Por tanto, el sentido de un TIDH debe guardar no solo coherencia interna sino también con el derecho internacional, indicativo y jurisprudencial, distinto al propio del intérprete (véase TEDH, *Cruz Varas y otros v. Suecia*, 2005). Así, por ejemplo, si un TIDH tiene una disposición clara que puede ayudar a interpretar una disposición de un tratado regional, ella se debe tener en cuenta (véase TEDH, *Soering*…). No es necesario que un Estado haya ratificado el tratado internacional que se utiliza para asistir en la interpretación de otro (TEDH, *Demir y Baykara v. Turquía*, 2008). 5. *Pro homine*: al interpretar los TIDH debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos por ellos protegidos según "el principio de la norma más favorable para el ser humano" (CIDH, *Masacre*…).

IV. *Interpretación restrictiva y margen de apreciación*. Un TIDH no debe ser interpretado en forma acotada sino que debe apoyarse "tanto en el texto literal… como en su espíritu" (CIDH, *Blake v. Guatemala*, 1998). Luego, la no aplicación de un derecho humano no puede ser presumida, sino que debe ser justificada como parte del propio orden internacional. Además: "las excepciones a un regla general... no pueden recibir una interpretación extensiva" (TEDH, *Litwa v. Polonia*, 2000). La falta de consenso sobre el alcance de un derecho humano configura un "margen de apreciación" para el Estado parte y su límite lo configura el umbral que permite la restricción, todo lo que determina la acción a seguir.

V. *Intérpretes especializados*. Las instancias de supervisión de derechos humanos de Naciones Unidas realizan una importante función interpretativa al: 1. Examinar informes de cumplimiento; 2. Conocer denuncias por violacio-

nes, y 3. Emitir observaciones y recomendaciones. Estos últimos instrumentos pueden expresar "consenso emergente" a modo de "práctica ulterior", con lo que la *opinio juris* y la *práctica verbal* que reflejan de los Estados partes puede manifestar derecho consuetudinario. Finalmente, la jurisprudencia de tribunales también puede expresar "práctica ulterior" en relación con tratados para cuya vigilancia fueron creados (véase TEDH, *Soering*… y *Cruz Varas*…).

Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández

Interpretación doctrinal

Una de las categorías de la clasificación de la interpretación desde el ángulo del sujeto que la realiza es la interpretación doctrinal. Dicha clasificación se encuentra integrada, además, por la interpretación legislativa, ejecutiva, judicial, popular y mediática.

El sector de la interpretación doctrinal adquiere relevancia gracias precisamente al papel fundamental que juega la doctrina en el ámbito jurídico.

La doctrina es labor de los estudiosos del derecho, que incide en ocasiones en la creación y aplicación del derecho, y gracias a ella se logra la comprensión, interpretación, integración, sistematización, desarrollo, estudio y enseñanza del derecho. La doctrina jurídica, al igual que en otras disciplinas, ha sido objeto de una evolución paulatina que partió de la tradición oral y a la que se sumó en algún estadío la escritura, que ha permitido preservar el conocimiento y transmitirlo a lo largo de generaciones. La invención de la imprenta en el siglo XV, a la que han seguido numerosos avances técnicos y tecnológicos, han servido como vehículo de transmisión de ideas, información y conocimientos.

En suma, la doctrina se integra por las opiniones de los profesores y estudiosos del derecho en las diversas ramas del saber jurídico, las cuales tienen una deuda perene con un gran número de autores que permitieron su creación, identificación, sistematización o desarrollo. No cabe duda, por ejemplo, que en el ámbito jurídico privado la doctrina ha tenido destellos muy importantes, gracias al desarrollo del *ius civile* romano; el *mos italicus*, derivado de la labor de los glosadores y post glosadores en el siglo XVI; así como la labor de los civilistas durante el siglo XIX. En el campo del derecho internacional podemos señalar las aportaciones de Hugo Grocio y Francisco de Vitoria. En el derecho procesal, la labor de autores como Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei y Niceto Alcalá Zamora y Castillo, entre muchos otros. En el campo del derecho procesal constitucional, por mencionar algunos ejemplos, las aportaciones iniciales de Hans Kelsen, y las posteriores de Mauro Cappelletti y Fix-Zamudio.

La doctrina presta servicios muy importantes al derecho, a los operadores jurídicos y al foro en general. En primer término, y también en un primer nivel, tenemos la aportación de conceptos y categorías, así como opiniones acerca del derecho vigente, a efecto de criticarlo, sistematizarlo, concordarlo o esclarecer su sentido y alcance. En un segundo nivel encontramos los estudios u opiniones acerca de la labor de los propios juristas o del ordenamiento en un nivel ulterior de abstracción, lo cual corresponde a los estudios teóricos del

derecho. En un tercer nivel podríamos situar a los trabajos de filosofía del derecho, en donde se analizan los principios y cuestiones más básicas y abstractas del fenómeno jurídico; en este nivel se pretende dar respuesta a las preguntas acerca de qué es el derecho, por qué se obedece el derecho, qué es la justicia y muchos otros conceptos básicos.

De esta manera, la doctrina aporta conceptos, criterios, pautas, sistematizaciones o clasificaciones que sirven para generar la opinión jurídica dominante, pero también para cuestionar ésta e impulsar nuevos paradigmas sobre los cuales los operadores jurídicos pueden crear y aplicar el derecho.

En resumen, la interpretación doctrinal son las opiniones de los profesores o estudiosos del derecho, que, sobre todo a través de sus obras, determinan el sentido y alcance de las expresiones del derecho. Tan importante ha sido la doctrina que incluso a los criterios emanados de los órganos jurisdiccionales se les denomina "doctrina" judicial o la "doctrina" del tribunal.

Aún más, la importancia de la doctrina en el ámbito del derecho ha sido de tal entidad que incluso se le ha dado en ocasiones el reconocimiento explícito de fuente, ya sea primaria o auxiliar del propio derecho, como lo ejemplifica el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que alude, entre otras fuentes del derecho internacional, a "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones", en calidad de medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho. En nuestro país se puede mencionar la Ley de Amparo de 1882, que en su art. 34 señalaba que las sentencias pronunciadas por los jueces de distrito debían fundarse en el texto constitucional, para cuya interpretación había que estar a las ejecutorias de la Suprema Corte y "las doctrinas de los autores".

El porqué de la relevancia y el apoyo que encuentran los operadores jurídicos en la doctrina es una cuestión fuertemente enraizada en la importancia que otorgan los seres humanos al conocimiento y la experiencia, lo cual deviene posiblemente de los albores de la propia humanidad y su capacidad de supervivencia, gracias al aprendizaje que otorga la experiencia. En la actualidad, el conocimiento y la experiencia es una de las fuentes de autoridad y, por ello, en el campo del derecho, invocar en nuestro apoyo o como justificación las opiniones de los estudiosos es uno de los diversos argumentos de autoridad que se utilizan con frecuencia.

En este sentido, hay que distinguir tres planos de la doctrina, uno como determinadora del sentido y alcance de las disposiciones jurídicas; dos, como generadora de argumentos o razones, y, tres, como referente de autoridad para fortalecer pretensiones, planteamientos o decisiones.

Es en el primer plano donde se ubica la interpretación doctrinal, que sirve de apoyo tanto al foro como a los operadores jurídicos, en la creación y aplicación del derecho a casos concretos. En la práctica se acude a la doctrina más de lo que abiertamente se reconoce, es decir, no es frecuente que los operadores jurídicos, en particular los jueces, citen expresamente la fuente doctrinal que les sirvió de guía, pauta o inspiración, aunque éstas se traslucen por lo regular en las decisiones de todo tipo y rango de jueces y tribunales.

La pluralidad de enfoques y perspectivas con que se puede estudiar al derecho impiden que la doctrina sea un conjunto unidireccional y monolítico de

pautas u opiniones, de ahí la necesidad de buscar una especie de uso *racional* de la doctrina, que en efecto valga por aquello que le da relevancia: el conocimiento y la experiencia; pero sobre todo por el hecho de que las razones que se invoquen resistan la crítica y deriven del estudio profundo y meditado de la institución jurídica de que se trate. Solo de esta manera la interpretación doctrinal puede seguir aportando de manera genuina a la creación y aplicación del derecho.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Interpretación doctrinal/judicial/auténtica

I. Para comprender las peculiaridades de la interpretación judicial es pertinente confrontarla con la interpretación doctrinal y con la interpretación auténtica. Y con este propósito es necesario introducir un marco conceptual en el cual encuadrar estos diversos tipos de actividad interpretativa. En particular, dos distinciones son indispensables.

a) Primera distinción. Con el vocablo "interpretación" se hace referencia, a veces, a la atribución de significado a un texto normativo —"El texto T tiene el significado S"—; en otras ocasiones a la calificación jurídica de una situación concreta —"El acto X constituye homicidio"—, calificación que después da fundamento a la solución (o a la propuesta de solución) de una específica controversia. Por lo tanto, es necesario distinguir entre:

— La interpretación "en abstracto" ("orientada a los textos"), que consiste en identificar el contenido de significado —es decir, el contenido normativo— expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo sin referencia a algún supuesto de hecho concreto, y

— La interpretación "en concreto" ("orientada por hechos"), que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada "en abstracto".

Mediante la interpretación en abstracto, los juristas resuelven problemas de ambigüedad del lenguaje normativo, concretizan principios, resuelven antinomias y colman lagunas. La interpretación en concreto, por su parte, resuelve problemas de vaguedad o "textura abierta" de las normas.

b) Segunda distinción. Con el vocablo "interpretación" a veces se hace referencia a un acto de conocimiento; en otras ocasiones a un acto de decisión, aunque otras tantas a un genuino acto de creación normativa. Por tanto, debemos distinguir:

— La interpretación *cognitiva*, que consiste en identificar, de un texto normativo, los diversos posibles significados posibles (teniendo en cuenta las reglas de la lengua, de las diversas técnicas interpretativas en uso, de las tesis dogmáticas propagadas por la doctrina, etcétera) *sin elegir alguno*;

— La interpretación *decisoria*, que consiste en la *elección*, entre los significados posibles, de un significado determinado, descartando los restantes;

— La interpretación *creativa* —o "construcción jurídica"— que consiste en atribuir a un texto un significado "nuevo", que no figura entre los identificados o identificables en la interpretación cognitiva: prácticamente, consiste

en formular una norma nueva, no expresa (que se considera "implícita" en las normas existentes).

Desde el punto de vista lógico (no psicológico, por supuesto), la interpretación decisoria y la interpretación creativa presuponen obviamente la interpretación cognitiva, y ésta destaca, por así decirlo, la indeterminación del ordenamiento, es decir, la ambigüedad de los textos normativos es resuelta por ella; la interpretación creativa colma las lagunas y resuelve otros "defectos" del sistema jurídico.

II. Las distinciones apenas introducidas son útiles para ilustrar la distinción que se hará enseguida, que ya no se refiere a la actividad interpretativa, sino a los sujetos que típicamente la ejercitan: se trata sobre todo de los juristas, los jueces y (a veces) del propio legislador.

1. Se llama "interpretación doctrinal" a la realizada por los "juristas", es decir, por los académicos —por los profesores de derecho— en sus estudios monográficos, manuales, ensayos, comentarios a sentencias, entre otros. La interpretación doctrinal es esencialmente, aunque no necesariamente (por lo menos porque los juristas académicos ejercitan comúnmente también la profesión de abogado), interpretación en abstracto. Puede ser indistintamente una actividad cognitiva (de valoración), decisoria o creativa.

Cuando un jurista se limita a la interpretación cognitiva contribuye al conocimiento del derecho. Cuando realiza una interpretación decisoria hace "política del derecho": busca con ello influenciar las decisiones interpretativas de los órganos de aplicación (y especialmente de los jueces); su interpretación tiene valor de "recomendación" (propuesta *de sententia ferenda*) dirigida a los jueces. Cuando, por último, realiza una interpretación creativa contribuye —o por lo menos pretende contribuir— a la producción de derecho (*Juristenrecht*). Se entiende que la doctrina contribuye efectivamente a la producción de derecho cuando las normas ("apócrifas") por ella formuladas se convierten en vigentes ("derecho viviente") a través de las decisiones de los órganos de aplicación que las hacen propias (aplicándolas).

2. Se llama "interpretación judicial" a la realizada por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional. La interpretación judicial es necesariamente interpretación decisoria, a menudo creativa, y es necesariamente (también) interpretación en concreto ("además", no solo eso, ya que, como he dicho, cualquier interpretación en concreto presupone lógicamente una interpretación en abstracto).

La interpretación doctrinal está desprovista de efectos jurídicos. Por supuesto, los juristas pueden, de hecho, influir en las decisiones de los jueces y de la administración pública (y de los órganos de aplicación en general). Pero ni los jueces ni la administración pública tienen obligación jurídica de adaptarse a las interpretaciones propuestas por los juristas. La interpretación judicial, por el contrario, sí tiene efectos jurídicos. Generalmente (con la excepción, sobre todo, de los jueces constitucionales) en los ordenamientos de *civil law*, ésta es vinculante para "las partes, sus herederos o cesionarios" (así lo establece, por ejemplo, el Código Civil italiano). Ella, como suele decirse, tiene eficacia *inter partes*: tiene efectos circunscritos al caso concreto.

Hay que resaltar lo siguiente: la interpretación judicial es eficaz (normalmente) solo *inter partes*. Ello quiere decir, ante todo, que ninguna decisión jurisdiccional puede producir efectos jurídicos contra "terceros", extraños al proceso. Pero también quiere decir que, en principio, ningún juez tiene la obligación de conformarse con las elecciones interpretativas de cualquier otro juez, incluso si se trata de una Corte Suprema.

En otras palabras, en los ordenamientos de *civil law*, los "precedentes" jurisdiccionales —es decir, las decisiones jurisdiccionales de casos anteriores, similares, bajo cualquier aspecto esencial, al que se va a decidir— no son vinculantes para los otros jueces. Cada juez goza de total autonomía interpretativa, y está sujeto, en principio, a la ley, y a ella sola (esto se establece expresamente, por ejemplo, en la Constitución italiana). En este sentido, la jurisprudencia "no es" fuente formal del derecho.

Así están las cosas, en teoría. Sin embargo, es claro que si un juez, en la interpretación de una determinada ley, se aparta de las orientaciones interpretativas de la Corte Suprema, especialmente cuando se trata de criterios consolidados, es probable que su sentencia sea impugnada por la parte perdedora, y sea después anulada por la Corte Suprema. Por esta obvia razón, los precedentes —sobre todo los precedentes del Tribunal Supremo o de casación— ejercitan sobre los jueces una eficacia "persuasiva"; en otras palabras, son a menudo de hecho acatados, aunque no sean vinculantes.

3. Finalmente, se llama "interpretación auténtica" (por antonomasia) a la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante una ley sucesiva, cuyo contenido sea precisamente la determinación del significado de una ley precedente.

Se trata, obviamente, de una interpretación decisoria, y particularmente de una interpretación en abstracto. Dado que una ley que pretendiera interpretar "en concreto", es decir, de determinar la solución de una específica controversia, o bien interferir en los procesos en curso, constituiría un ejercicio que no es de la función legislativa, sino de la función jurisdiccional; ella sería, por tanto, constitucionalmente ilegítima en todos aquellos ordenamientos constitucionales que reservan a los jueces la función jurisdiccional.

También la interpretación auténtica, como aquella judicial, tiene efectos jurídicos. Pero, mientras la interpretación judicial tiene eficacia solo *inter partes*, la interpretación auténtica, estando incluida en una ley, es vinculante —como cualquier otra ley— *erga omnes,* es decir, vincula a todo sujeto del ordenamiento.

Riccardo Guastini
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Interpretación en sentido amplio

La interpretación es una actividad que no se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico, son susceptibles de interpretarse acontecimientos, actitudes y expresiones de todo tipo. De ahí la necesidad de partir de un concepto genérico para comprender mejor uno de sus sectores específicos: la interpretación jurídica.

Si bien por siglos ha estado presente como actividad, los estudios acerca de la interpretación han proliferado desde la segunda mitad del siglo XX, dando lugar a toda una disciplina que la estudia, conocida como "hermenéutica".

En el ámbito de la filosofía, el solo concepto de interpretación ha suscitado entre los autores opiniones diversas —incluso contradictorias— y, tal y como sucede en muchos otros problemas planteados en este campo, no se ha llegado aún a conclusiones definitivas. Según la corriente que podemos denominar como tradicional, la interpretación busca desentrañar un sentido ya incorporado en las expresiones consideradas como conjunto de signos. Una postura más moderna asigna un papel central al propio intérprete, quien, más allá de limitar su labor a buscar un sentido ya incorporado, en realidad *asigna* en definitiva sentido a tales expresiones. El propio término *interpretación* es utilizado en diversos contextos, por ejemplo, cuando hay actividad de traducción de un idioma a otro; cuando se ejecuta alguna obra artística o se tratan de comunicar los fines estéticos o los sentimientos del autor, o cuando se trata de extraer una determinada pauta de conducta, como en el caso de la interpretación de textos jurídicos.

La diversidad de usos del lenguaje y contextos en los que se utiliza la palabra "interpretación" ha dificultado la conformación de una teoría general sobre el particular. Uno de los esfuerzos más notables es el de Emilio Beti, quien concibe la interpretación como "una actividad cognoscitiva" en la cual se trata siempre de entender la objetivación de una espiritualidad, es decir, su incorporación o fijación en un instrumento material perceptible, ya sea una piedra, mármol, madera, papel o el sonido acústico, que forma parte de la dimensión del mundo físico. Dicho autor afirma que de algún modo la dotación espiritual, que no pertenece a la dimensión del mundo físico, se halla trasvasada, incorporada y fijada en el instrumento material perceptible. En este sentido, para que exista interpretación es necesario contar con un objeto constituido por "formas representativas", que son "una relación unitaria de elementos" apreciables por los sentidos por cuanto dejan huella en el material en que se plasman; éstas convierten al objeto en algo cognoscible. A partir de lo anterior, podemos considerar que "interpretar es la actividad por la cual se determina el sentido de ciertos acontecimientos, signos o expresiones significativas, objetivamente plasmados". En el ámbito jurídico dicha actividad consiste en "determina el sentido de las expresiones del derecho".

La invención de la escritura permitió plasmar el derecho —de tradición oral remota—, por escrito, a partir de ese momento es que los textos, como una de las formas de expresión de las normas jurídicas, adquirieron una preponderancia hasta ahora insuperable. La Constitución, las leyes, los reglamentos, los contratos, los testamentos e incluso las señales de tránsito no son otra cosa que formas de expresión jurídica, es decir, el vehículo a través del cual son manifestadas las normas jurídicas. La interpretación permite extraer del texto la norma jurídica que tiene incorporada o trasvasada.

La interpretación jurídica como actividad ha acompañado al derecho desde sus orígenes y se ha manifestado con diversos matices. Es precisamente en este ámbito donde se aprecia que ocupa y, en ocasiones, preocupa a quie-

nes detentan el poder mantener una especie de monopolio interpretativo, lo cual ha llevado en diversas etapas de la historia a prohibir la interpretación de los textos normativos; a limitarla a situaciones excepcionales o a un solo canon o pauta, como puede ser desentrañar la de hallar la voluntad o el espíritu unívoco del legislador.

Hasta ahora se ha formado un gran número de escuelas y corrientes acerca de la interpretación jurídica, originadas en sus inicios alrededor del derecho privado de carácter civil; por lo que respecta al derecho continental europeo, se pueden citar entre las principales a la Escuela de la Exégesis o Francesa; la Escuela Histórica Alemana; la Jurisprudencia Dogmática; la Jurisprudencia de Conceptos; la Jurisprudencia de Intereses; la Escuela Científica Francesa; el Sociologismo y la Escuela del Derecho Libre, entre muchas otras más. En el derecho angloamericano, donde los jueces han tenido históricamente una influencia decisiva en la evolución del derecho, han adquirido especial relevancia las corrientes del Realismo Jurídico y la Jurisprudencia Sociológica.

Cada una de estas escuelas o corrientes parte generalmente de concepciones propias acerca del derecho y, por consiguiente, discrepan las ideas que ostentan sobre la interpretación, los métodos interpretativos y lo que constituye el "sentido" de los textos jurídicos. La mayoría de las escuelas de interpretación es designada precisamente por el canon interpretativo que ostenta como bandera y, las más de las veces, que propone como el único correcto. En el ámbito jurídico, las corrientes acerca de la incidencia, objetivos y particularidades de la interpretación, no han sido unívocas. Para algunos, el objeto de la interpretación es determinar el sentido y alcance de las reglas jurídicas; para otros consiste en explorar textos normativos, de manera que el resultado de la interpretación es precisamente obtener la regla jurídica aplicable a un determinado asunto.

Las distintos cánones de interpretación pueden identificarse a lo largo de un espectro que en uno de sus extremos tiene a la llamada "voluntad" del autor de la norma, y en el otro los términos objetivos del texto, por esta razón son generalmente clasificados en dos grandes grupos, "subjetivistas y objetivistas", según sea el extremo al cual se inclinen preponderantemente. Las corrientes denominadas "subjetivistas", por ejemplo, declaran que el sentido de la ley se encuentra en la "voluntad" del legislador, por otro lado, las llamadas "objetivistas" se apoyan en el sentido lógico-objetivo de la ley como expresión del derecho, es decir, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, al penetrar la ley en la vida social adquiere matices diversos de aquellos que le fueron asignados en su creación. En la actualidad se vive una apertura interpretativa que acepta los diversos cánones de interpretación (semántico, sistemático, teleológico, histórico y funcional), que se han ido conformando en el tiempo y que sirven al intérprete como aproximaciones a los textos normativos. Asimismo, la interpretación ha sido objeto de muy relevantes clasificaciones, en relación con el intérprete, a sus efectos, a su contenido, entre otras categorías que la han ramificado y convertido en una disciplina de estudio recurrente.

Si bien por siglos se consideró que solo había lugar a la interpretación cuando los textos normativos fueran obscuros, en la actualidad se reconoce que la interpretación es una fase indispensable de la aplicación del derecho a casos concretos, seguida por la subsunción y, por último la justificación. De manera paralela a estos desarrollos, la interpretación jurídica, ubicada en el ámbito de la aplicación de las normas del derecho privado, se ha ido extendiendo a otras ramas del derecho tanto privadas como públicas, de las que se debe destacar el desarrollo sobresaliente que ha tenido la interpretación constitucional y la de los tratados internacionales.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Interpretación evolutiva

I. En la cultura jurídica moderna, la historia de las doctrinas normativas (o ideología) de la interpretación está atravesada por dos oposiciones fundamentales recurrentes; por un lado, la oposición entre una doctrina "literalista" y una doctrina "intencionalista"; del otro, la oposición entre una doctrina "estática" y una doctrina "dinámica". Omitiendo la primera oposición, que no interesa en el presente contexto, la interpretación evolutiva es fruto precisamente de la doctrina "dinámica".

a) La doctrina estática no recomienda cualquier "método" interpretativo, sino más bien un particular "producto" de la interpretación, a saber que la interpretación atribuya a los textos normativos un específico tipo de significado (cualesquiera que sea la técnica empleada para argumentarlo). Recomienda que el producto de la interpretación sea estable, que a cada texto normativo se le atribuya siempre el mismo significado (o bien que cada texto esté dirigido a expresar siempre la misma norma); que no se muten orientaciones interpretativas, que no se pongan en entredicho las interpretaciones ahora consolidadas, que la jurisprudencia no cambie de rumbo.

La doctrina estática, por lo tanto, favorece una postura genéricamente conservadora en materia de interpretación, en el presupuesto de que la estabilidad de la interpretación garantiza la "certeza del derecho", es decir, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones de cada sujeto: concretamente, previsibilidad de las decisiones de los jueces y, más en general, de los órganos de aplicación (la administración pública, pero también los supremos órganos constitucionales).

b) La doctrina dinámica, por su parte, alienta a los intérpretes a cambiar la interpretación incluso consolidada de los textos normativos —especialmente si se trata de textos normativos antiguos, como son a veces los textos constitucionales— para adaptar así incesantemente el derecho a nuevas circunstancias, a pesar de la inercia de las autoridades normativas (incluido el poder de revisión constitucional).

En otras palabras, la doctrina dinámica favorece la interpretación llamada "evolutiva", útil para remediar, precisamente por vía interpretativa, el envejecimiento de los textos normativos (por la falta de reformas legislativas y/o por la falta de reformas constitucionales).

II. La interpretación evolutiva se caracteriza por su oposición a la interpretación histórica. Para comprender mejor este punto es necesario distinguir preliminarmente entre dos tipos de significado: *a)* significado "originario", que es aquel que un texto normativo tiene (o tenía) al momento de su entrada en vigor, y *b)* significado "actual", que es aquel que un texto normativo asume en el momento en que es interpretado y eventualmente aplicado. Se trata, obviamente, de significados potencialmente (aunque no necesariamente) divergentes, especialmente cuando el texto normativo interpretado es muy antiguo. Ahora bien:

1. Se llama "histórica" a la interpretación que atribuye a un texto normativo su significado original. A ésta se le pueden adscribir dos versiones: *a)* una versión lingüística, que atribuye a un texto el significado lingüístico originario (o "histórico", aquel que las palabras tenían en la época que se creó), y *b)* una versión intencionalista, que atribuye a un texto el sentido originalmente querido por el legislador.

2. Se llama, por el contrario, "evolutiva" —o también "dinámica"— a la interpretación que atribuye a un texto un significado actual (si difiere del original). Más en general, se llama "evolutiva" a toda interpretación que adscribe a un texto normativo un significado nuevo, diverso del usual o consolidado. La interpretación evolutiva es producto de la adaptación de viejas, o relativamente viejas, leyes (o Constituciones) a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico (o por los padres constituyentes).

Para comprender lo distintos que pueden ser los resultados de la interpretación histórica y, respectivamente, evolutiva, se toma un simple ejemplo. La octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos —que data de 1791— prohíbe infligir penas "crueles e inusuales". Evidentemente, hoy en día son "inusuales" y son sentidas como "crueles" sanciones penales que en 1791 no lo eran, por ejemplo, la pena de muerte. Por lo tanto, la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte si se interpreta de modo "evolutivo"; mientras que la permite si se interpreta de modo "histórico".

En efecto, la interpretación evolutiva no es en sí misma una específica técnica interpretativa: lo que "evoluciona", en sentido estricto, no es la "actividad" interpretativa, sino más bien el "producto" de la interpretación. En otros términos, lo que cambia es el significado adscrito a un mismo texto normativo.

Se entiende que la interpretación evolutiva no puede ser argumentada haciendo referencia a la concreta voluntad del legislador (es decir, a la intención real de los legisladores de carne y hueso, puesto que existe y es cognoscible), que es, por el contrario, razonamiento fundamental de la interpretación histórica (en la variante internacional). Sin embargo, se puede argumentar: con referencia a la intención contrafactual del legislador, o en relación con la llamada "naturaleza de las cosas": la interpretación de los textos normativos debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que éstos deben ser aplicados.

De hecho, existe en la doctrina y en la jurisprudencia una técnica estándar para argumentar este tipo de interpretación: aquella que consiste en apelar a ciertos tipos de hechos —tal y como son percibidos y evaluados por el

intérprete a la luz de sus ideas de justicia—, como el cambio en la conciencia social, la aparición de nuevas exigencias en la vida social (económica, política, etcétera), y similares.

Desde el punto de vista político, la interpretación evolutiva puede ser impugnada en razón de que los intérpretes no están habilitados para remediar la inercia de las autoridades legislativas, cambiando ellos mismos el derecho, por vía interpretativa, cuando no cambian los textos normativos. Si, por ejemplo, a los intérpretes se les permitiera atribuir a una cláusula constitucional un sentido diverso de aquel querido por los constituyentes, ellos sí sustituirían al poder constituyente (o al poder de revisión constitucional), usurpándolo.

Combinada con la doctrina intencionalista —se debe atribuir a los textos normativos no su significado literal, sino el significado que corresponde a la intención del legislador—, la doctrina dinámica de la interpretación da lugar a esa manera de ver (una evidente ficción) según la cual la intención de la autoridad normativa no se da una vez por todas, cristalizada en los documentos normativos, pero mágicamente evoluciona, adaptándose al mutar las circunstancias. Esta formulación algo absurda oculta una idea llena de implicaciones prácticas.

La idea es, a grandes rasgos, la siguiente: que la intención del legislador no es tanto la norma que el propio texto expresa, sino más bien su *ratio*, su razón de ser, es decir, el propósito que la autoridad pretende perseguir o, aun, el "valor" o "principio" subyacente a la norma. En otras palabras: no la norma "expresa", sino el principio —el valor ético-político— "implícito" subyacente, a partir del cual la autoridad normativa, se supone, era animada.

Ahora, un principio, un valor, una *ratio* son potenciales matrices de innumerables normas (ulteriores respecto a aquélla en la que cristalizan originalmente) implícitas, idóneas para resolver situaciones nuevas, no previstas. Con el auxilio, principalmente, del argumento analógico, o bien de un argumento contra-factual: "si la autoridad normativa hubiese previsto la circunstancia F, la habría resuelto de conformidad con el principio P, en el modo G".

Así que, desde este punto de vista, se resuelve a veces con la interpretación extensiva o analógica del texto en cuestión; otras veces no tanto con una interpretación peculiar —en sentido estricto— del texto, sino más bien con la creación de nuevas normas implícitas a partir del principio que se considera subyacente en el texto.

Riccardo Guastini
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Interpretación evolutiva de la Constitución

La validez de las disposiciones que componen un orden jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general eficacia es condición de validez y, en todo caso, distinguía entre ésta y aquélla e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. Así, la eficacia se presenta como el punto de conexión entre el enun-

ciado normativo y la realidad porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que se mueven en el ámbito de la realidad, acomodan sus acciones a lo previsto la norma.

Las disposiciones del orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos, pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege a las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). Entonces, la vía principal de esa adaptación para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento es, en rigor, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica. Porque, como recuerda Emilio Betti, hay una tensión latente entre las opuestas tendencias, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

La interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición, pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo "tradicional" o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo.

En la esfera constitucional, la tensión entre normatividad y normalidad resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Esto sucede por varios motivos; el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia suele, por lo general, ser digna de aprecio. La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada, produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva, porque ésta garantiza la "movilidad" de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa, en los términos de Loewenstein, es necesario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional que acaba siendo una interpretación tópica y, por ello mismo, imprecisa, pero que, en todo caso, ha de encaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

Wrobelsky se refiere a la interpretación operativa de la Constitución, es decir, a aquella que despliega los efectos queridos en la ley fundamental. Por su parte, Hesse maneja una idea similar; según él hay que promover la voluntad de la Constitución. Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional y, para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en ésta se produzcan.

Además de la rigidez del programa normativo y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones, su formalización en abstracto con abundancia de principios. No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; éste no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades, favorece la creatividad del intérprete, la cual se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse en captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.

En los términos de Hesse, el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política) donde se proyectan, favorece, sino exige, una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva, se mantiene inalterable a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, varía constantemente. Como aquél es muy difícil de reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo como símbolo, la interpretación evolutiva entra en juego para extraer, de los preceptos antiguos, normas nuevas, sentidos normativos ni siquiera imaginados por los autores.

Raúl Canosa Usera

Interpretación extensiva

I. La interpretación extensiva es un tipo de interpretación "correctora"; ésta, a su vez, se contrapone a la interpretación considerada "declarativa".

El uso de estas expresiones presupone la (ingenua) teoría cognitiva de la interpretación: esa teoría entiende que los textos normativos incorporan un significado intrínseco preexistente a la interpretación, susceptible de descubrimiento o conocimiento, de "declaración" justamente; así, la interpretación —o al menos la "buena" interpretación— consiste precisamente en comprobarlo y no manipularlo.

a) Se entiende generalmente como "interpretación declarativa" a la que atribuye a un texto normativo su significado (se supone) "propio", sin alterarlo en modo alguno.

b) Se entiende como "interpretación correctora", trivialmente, cualquier interpretación no declarativa. La interpretación correctora, entonces, puede ser ya sea "extensiva" (*lex minus doxit quam voluit*), ya sea "restrictiva" (*lex magis dixit quam voluit*).

Hay que decir que —como consecuencia de la inevitable vaguedad de los enunciados (términos que denotan clases) en todos los lenguajes naturales— el campo de aplicación de cada norma es indeterminado, así que pueden darse casos concretos que seguramente entran en su ámbito, casos que a su vez claramente están excluidos y, finalmente, casos "difíciles" de dudosa cualificación. Bueno, la interpretación extensiva y la interpretación restrictiva constituyen dos formas alternativas de reducir la vaguedad de los enunciados y, por tanto, de precisar el campo de aplicación de las normas.

II. Existen, de hecho, dos estrategias fundamentales para reducir la vaguedad: la técnica de la analogía (o de la igualdad "sustancial") y la técnica de la disociación (o de la diferencia "sustancial").

Supongamos que tenemos una disposición normativa que atribuye una determinada consecuencia jurídica para el supuesto "edificio en ruinas", y tener que resolver una controversia relativa al colapso de un balcón. Ahora bien:

1. *Analogía*. Una primera estrategia para reducir la vaguedad consiste en sostener que —a la luz de una supuesta *ratio legis* (el propósito que la norma tenía la intensión de perseguir) — el colapso de un balcón es en todo "análogo" a la ruina de un edificio, es decir, merece la misma regulación jurídica. Se puede concluir que la norma sobre la ruina de edificio se aplica "también" al supuesto "colapso de un balcón".

Éste es un ejemplo de interpretación extensiva, basado en el empleo del argumento analógico. Por esta vía, el área de "penumbra" de la norma se reduce, incluyendo en ella la clase de situaciones marginales "colapso de balcón".

2. *Diferencia*. Una segunda estrategia consiste en sostener, a la inversa, que la ruina del edificio y el colapso del balcón —aun a la luz de una supuesta *ratio legis*— son situaciones sustancialmente "diversas", así que merecen diferentes regulaciones jurídicas. Con la conclusión de que la norma sobre la ruina del edificio "no" se aplica al supuesto "colapso del balcón".

Éste es un ejemplo de interpretación restrictiva, basada sobre el argumento de la disociación (lo que los juristas del *Common Law* denominan *distinguishing*). De nuevo, para esta vía, el área de "penumbra" de la norma se reduce, excluyendo de ella la clase de casos marginales "colapso del balcón".

III. Las expresiones "interpretación extensiva" e "interpretación restrictiva" pueden denotar dos cosas diversas (diferentes conceptualmente, aunque no siempre distinguibles en concreto).

Ponemos nuevamente un simple ejemplo. Supongamos que tenemos que decidir qué hacer con una norma que se aplica a las "viviendas". A su vez, estamos de acuerdo en que el vocablo "vivienda": denota el apartamento en el que uno vive, y por lo tanto se extiende, sin duda, a la recámara y a la cocina; no comprende seguramente la oficina donde se trabaja; es dudoso si se aplica a la bodega posiblemente anexa a un departamento. Ahora bien:

1. En un primer sentido (restringido, podremos decir) constituye: *a)* interpretación extensiva aquella que aplica la norma en cuestión también a la bodega, y *b)* interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma a la bodega.

2. En un segundo sentido (amplio, digamos) constituye: *a)* interpretación extensiva —o, más precisamente, aplicación analógica— aquella que aplica la norma también a la oficina, y *b)* interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma a todo el departamento, pero incluye (digamos) la cocina.

La diferencia entre los dos tipos de interpretación extensiva está en lo siguiente: la del primer tipo reduce la indeterminación —la "zona de penumbra"— de la norma, extendiendo su ámbito de aplicación también a los casos dudosos; la del segundo tipo, por el contrario, produce una norma nueva con el auxilio del argumento analógico (la supuesta similitud, a la luz de una supuesta *ratio legis*, entre apartamento y oficina).

La diferencia entre los dos tipos de interpretación restrictiva, a su vez, está en lo siguiente: la del primer tipo reduce la indeterminación de la norma, restringiendo su campo de aplicación solo a los casos claros (y excluyéndolo a los casos dudosos); la del segundo tipo, por el contrario, mediante el argumento de la disociación (recámara y cocina son supuestos "sustancialmente diversos") introduce en la norma una cláusula de excepción (la recámara, exceptuando la cocina), el que —hay que señalar— equivale a sustituir la norma original ("si habitación, entonces X") con una norma diversa ("si habitación y no cocina, entonces X").

La interpretación extensiva y la restrictiva del primer tipo son operaciones meramente interpretativas: consisten en determinar el significado de los enunciados usados por la autoridad normativa para diseñar los supuestos.

La interpretación extensiva y la restrictiva del segundo tipo son más bien operaciones "constructivas" —de construcción jurídica— que consisten, respectivamente, en formular una norma nueva, no expresa (interpretación extensiva), y en formular una excepción no expresa, o sea, como he dicho, en sustituir una norma con otra (interpretación restrictiva).

IV. Desde tiempo inmemorable se ha discutido en la doctrina si existe una diferencia entre interpretación extensiva y aplicación analógica.

El argumento analógico (o *a simili*) consiste trivialmente en la aducción de que dos casos son similares, análogos o también "sustancialmente iguales", así que merecen la misma consecuencia jurídica. Ahora bien, este argumento puede ser empleado para sostener dos tipos de conclusiones algo diversas: una mera interpretación extensiva y, respectivamente, la formulación (la construcción) de una norma no expresa en presencia de una laguna (verdadera o imaginaria).

La interpretación extensiva es un tipo de interpretación *en concreto*: tiene que ver con la aplicación a casos concretos de una norma (vaga) previamente identificada. Es un modo de reducir la vaguedad de la norma de que se trata, así como incluir un caso dudoso dentro de su campo de aplicación.

La construcción, mediante analogía, de una norma no expresa —con el propósito de colmar una laguna— pertenece, por el contrario, al dominio de la interpretación "en abstracto" (entendida en sentido amplio): concierne no

al ámbito de aplicación de una o de otra norma, sino a la identificación misma de las normas vigentes.

Sin embargo, la línea de demarcación entre la interpretación extensiva propiamente dicha y la construcción de una norma no expresa es muy sutil. Si vemos las cosas desde el punto de vista del significado literal *prima facie*, de hecho, una y otra se resuelven simplemente conectando una consecuencia jurídica a un caso que "no" entra en el significado "literal" de la disposición de la cual se trata. Por aquellos que se inclinan a interpretar literalmente y, en particular, a argumentar "a contrario" los casos dudosos, de incierta cualificación, "no" entran en el campo de aplicación de la norma. Desde este punto de vista, la sedicente interpretación extensiva no constituye verdadera interpretación, sino creación (encubierta) de una norma nueva no expresa. Y la diferencia entre interpretación extensiva y construcción de una norma nueva parece reducirse, trivialmente, a un diverso modo de argumentar o de construir verbalmente una misma operación.

Por ejemplo, se puede aplicar una norma en materia de "religión" al movimiento llamado *Scientology*, aduciendo indiferentemente: o que la categoría no está expresamente regulada, sino *Scientology* "es similar a" una religión, o que "es" una religión en sentido amplio. En uno de los casos evidentemente se construye una norma no expresa, se crea una norma nueva; en el otro se extiende el significado del término "religión" al área de penumbra del concepto, y se subsume el caso dudoso en la disposición así interpretada: pero el resultado no cambia.

Riccardo Guastini
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Interpretación legal

En el marco de las discusiones teóricas del derecho, sin duda, las referentes a la interpretación han adquirido una importancia inusual en los últimos años. Ha sido tal el tratamiento del tema que algunas personas piensan que la filosofía del derecho, en buena medida, se dedica exclusivamente a este tópico y al de la argumentación o, puesto en otros términos, que agotamos las discusiones filosóficas del derecho con el tema interpretativo y argumentativo. Voy a aprovechar esta colaboración para avanzar ciertas advertencias sobre las discusiones de interpretación en el derecho y sobre todo deslindar las diferentes preguntas que tenemos que plantear para discutir el tema.

¿Qué nos interesa saber de la interpretación legal? ¿Qué es en sí la actividad interpretativa?, o bien nos interesa ¿Cómo interpretan los tribunales, o cómo deben interpretar los tribunales? ¿Solo la llevada a cabo por la función jurisdiccional o también la interpretación realizada por otros oficiales del derecho? ¿Qué relación tiene la actividad interpretativa con otras funciones propias del derecho?

Como podemos ver, las reflexiones pueden ser muy variadas y las preguntas lo suficientemente amplias como para abordarse de manera separada. No es lo mismo, desde un plano descriptivo, preguntarse cómo interpretan los tribunales, a indagar, desde el plano prescriptivo, cómo deben

interpretar, finalmente en estos casos, como lo dice Joseph Raz, nos preguntamos sobre el "cómo interpretar". O bien, nos podemos centrar en la pregunta "qué es en sí la actividad interpretativa", es decir, analizar la naturaleza de la interpretación legal y comparar la interpretación que se lleva a cabo en el derecho con otras actividades interpretativas, como la interpretación de obras de arte, o la interpretación musical o la interpretación literaria.

Desafortunadamente, "algunas" discusiones en el ámbito jurídico pasan por alto deslindar este tipo de interrogantes indispensables y se limitan al tema de la interpretación legal en el seno de los tribunales. La razón no debe extrañar: el tema de la interpretación jurídica es la cara más práctica de la filosofía del derecho, y los abogados exigen discusiones prácticas para sus actividades diarias. Pero espero que quede claro que, por una parte, la filosofía del derecho no se agota con el tema de la interpretación legal, y que el tema de la interpretación jurídica no se agota con el tema de la interpretación en los tribunales. Para agotarlo tenemos que plantearnos otras cuestiones.

Además, el tema de cómo interpretan los tribunales o cómo deben interpretar es un muy contingente que depende de las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales de cada sistema jurídico. Quizá por esto, H. L. A. Hart siempre fue cauto en avanzar una "teoría" completa de la interpretación, y más bien se dedicó a preguntas más concretas y posibles de atender desde la filosofía del derecho.

Una de estas preguntas más concretas que podemos plantearnos es la formulada por el realismo jurídico, consistente en reflexionar hasta qué punto los tribunales están constreñidos por las normas jurídicas en sus decisiones. La pregunta nos lleva al tema de los límites del derecho, también al tema de cuándo el derecho se agota en sus respuestas correctas y cuándo los tribunales tienen discrecionalidad para decidir ante varias alternativas viables, o cuando pueden tomar el papel de legisladores ante la ausencia del derecho. Y éstas son preguntas sumamente complicadas en el terreno filosófico, que tienen que ver con la vaguedad del derecho, con la seguridad jurídica y la noción de Estado de derecho, y con principios de organización política, tal como el de la división de poderes.

Junto con H. L. A. Hart, muchos pensamos que estas preguntas más concretas acerca de la interpretación jurídica se pueden distinguir de otras que le interesan al filósofo, sobre todo de la pregunta: ¿qué es el derecho? Es decir, una cosa es preguntarse qué es el derecho y otra cómo se interpreta ese derecho.

Pero las cosas no suelen ser tan unánimes en filosofía, Ronald Dworkin nos dice que la pregunta ¿qué es el derecho? se contesta al voltear la mirada hacia la actividad interpretativa que se realiza en lo jurídico. Para Dworkin, el concepto derecho, junto con conceptos de la moral y la política siempre se interpretan. Y así como el juez interpreta, por ejemplo, el concepto "alimentos" para decidir un caso de pensión, el filósofo interpreta conceptos más abstractos como el de derecho mismo, el de justicia o el de equidad, para saber su naturaleza. Debo advertir que Dworkin no llega a esta conclusión "únicamente" analizando lo que hacen los tribunales, más bien la idea es producto de un análisis exhaustivo de lo que es la actividad interpretativa en el derecho y otros dominios.

Esta actividad interpretativa que Dworkin ve en el centro de las preguntas filosóficas en el derecho tiene dos componentes indispensables: uno fáctico que analiza el material jurídico existente, material como los textos constitucionales, legales, jurisprudenciales, etcétera, y otro evaluativo, donde se pregunta acerca del valor moral de la práctica sobre la cual discutimos. En este componente moral nos preguntamos cuál es el valor que sirve, por ejemplo, el derecho. La parte evaluativa y moral le da sentido a la parte fáctica del material jurídico existente, y así llegamos a conclusiones de interpretación sobre lo que "es" el derecho, por ejemplo.

Pero independientemente de que la interpretación esté en el centro de nuestra actividad explicativa de la naturaleza del derecho, como en Dworkin, o bien en un lugar accesorio como en H. L. A. Hart, podemos, de manera preliminar, extraer ciertas coincidencias entre las diferentes tradiciones filosóficas para saber qué es lo que caracteriza la interpretación jurídica.

La interpretación jurídica se caracteriza por tener dos elementos en juego que se sopesan al intentar dar una explicación a sus directivas. El elemento de la certeza, producto de un derecho expedido con anterioridad y generado a través de ciertas fuentes sociales como la legislación, precedente, etcétera, y otro elemento de desarrollo, es decir, una tarea de tratar de ajustar el derecho a condiciones sociales actuales y para casos posteriores. ¿Qué tanta importancia tiene el elemento de la certeza a diferencia del elemento de desarrollo? ¿Cuándo inicia uno de estos elementos y termina el segundo? Contestar estas preguntas es la tarea de las teorías de la interpretación, y las diferentes respuestas que tenemos explican las disputas teóricas con las que contamos hoy en día en la filosofía jurídica contemporánea.

Juan Vega Gómez

Interpretación oficial

Toda persona que inquiera sobre el sentido y alcance de las disposiciones jurídicas está interpretándolas. Esto hace necesario contar con algún criterio para distinguir la interpretación de quienes crean y aplican el derecho en calidad de autoridades, de aquella que pueden realizar otros sujetos, pero que no posee eficacia jurídica; la primera puede calificarse como "oficial y orgánica", y la segunda "no oficial o no orgánica", desde otro ángulo, una es la de los operadores jurídicos (órganos de creación y aplicación del derecho), y la otra la aportada por abogados, los medios de comunicación, los grupos sociales y personas en general.

La diferencia esencial entre la interpretación "oficial" y la "no oficial" es que la primera vincula, es decir, obliga a los destinatarios a su cumplimiento, y llegado el momento, se puede hacer exigible. la segunda, en cambio, a pesar de no tener este carácter, sí puede orientar o influir en aquella que realicen los operadores jurídicos.

Aunado al aspecto vinculante u obligatorio de la interpretación "oficial", ésta puede ser, desde otros ángulos, "implícita" y en ocasiones también "explícita". La interpretación, como uno de los momentos del procedimiento de creación o aplicación de la norma, se entiende comprendida de tal forma en

éste, que no es necesario llamar la atención del sujeto para que la realice, en este caso es "implícita".

En cambio, la interpretación es "explícita" cuando el orden jurídico faculta expresamente para realizarla a determinado órgano, el cual lo hace de manera manifiesta, deliberada, intencional y directa; ésta generalmente es de observancia obligatoria. Asimismo, este tipo de interpretación puede o no ser "definitiva", esto es, en los casos en que la determinación del sentido de las disposiciones sea susceptible de ser analizada por otro órgano que tenga a este respecto la última palabra, la interpretación que lleve a cabo el primero es "provisional"; por el contrario, si esto no sucede, puede considerarse como "última" o "definitiva".

Dentro de las diversas categorías que admite la interpretación oficial, la que llevan a cabo los jueces, en la mayoría de las ocasiones, es considerada como la última y definitiva, sin embargo, ésta última requiere una explicación ulterior, pues entre los órganos de creación y aplicación del derecho debe existir una estrecha relación de cooperación, de manera que la interpretación judicial perdura hasta que el órgano legislativo realiza algún cambio a la normatividad, luego de lo cual cae de nuevo en el ámbito administrativo o judicial para efecto de la determinación de su sentido y alcance.

La idea de la interpretación oficial tiene lugar no solo en el ámbito doméstico, sino que se extiende también al ámbito internacional. Por ejemplo, en relación con la garantía internacional de los derechos humanos, corresponde, en algunos casos, la interpretación oficial de los tratados a órganos jurisdiccionales y, en otros casos, a los órganos cuasi jurisdiccionales. Así ocurre, por ejemplo, con la actividad que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ante los casos de Estados que aún no ratifican la Convención Americana, posee la interpretación oficial última y definitiva.

Por otra parte, cuando es la Corte Interamericana quien provee en los casos contenciosos el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados en el ámbito del sistema interamericano, lo hace con el carácter de intérprete oficial de la Convención, lo cual se refuerza con la atribución adicional que posee de emitir opiniones consultivas a instancia de los Estados o los órganos de la OEA, legitimados para tal efecto. Los operadores jurídicos al interior de los Estados si bien tienen a su cargo la interpretación oficial de la Convención en el ámbito doméstico, ésta no es la última y definitiva, misma que se deposita en la Comisión o, en su caso, en la Corte Interamericana según lo apuntamos.

Otro tema vinculado con la interpretación oficial de las disposiciones es el de los cánones, principios y materiales para llevar a cabo dicha actividad. Los cánones son medios de aproximación a los textos normativos que permiten determinar racionalmente su sentido y alcance; entre los cánones más extendidos están los de carácter semántico, sistemático, teleológico, histórico y funcional, según se concentre en el significado o los usos del lenguaje, la posición de la disposición frente a otras reglas del ordenamiento, el fin último al que atienda la disposición, los hechos o acontecimientos que impulsaron su establecimiento y el papel que juegan para posibilitar la dinámica institucional de aplicación de las disposiciones.

Por lo que se refiere a los principios para llevar a cabo la interpretación, en específico la interpretación oficial, son máximas o pautas generadas en el devenir histórico de las diversas ramas del derecho, que concentran la experiencia acumulada y dan a las propias ramas su individualidad y razón de ser frente a las demás, aunque hay algunos de aplicación general. Por ejemplo, el principio que afirma que las excepciones son de interpretación estricta no se aplica a alguna rama en lo particular, sino que podríamos afirmar que resulta apropiada para todas; por otro lado, el principio que señala que lo no prohibido está permitido opera en el ámbito del derecho civil, mientras que el principio que expresa que las autoridades solo pueden llevar a cabo aquello que expresamente les está señalado es propio del ámbito administrativo. En el campo de la interpretación constitucional, por ejemplo, son célebres los principios propuestos por Linares Quintana, quien afirma: *a)* en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución, que es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad de la persona; *b)* la Constitución debe interpretarse con un criterio amplio, liberal y práctico; *c)* las palabras empleadas en la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; *d)* la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, ninguna disposición debe ser considerada aisladamente; *e)* se debe tener en cuenta no solamente las condiciones y necesidades existentes al tiempo de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación y aplicación; *f)* las excepciones y los privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo, y *g)* los actos públicos se presumen constitucionales en tanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta.

Por último, en cuanto a los materiales o instrumentos para llevar a cabo la interpretación oficial, éstos poseen en cada país, o en el ámbito internacional, matices diversos, los cuales están determinados por su evolución jurídica, la técnica legislativa, el interés doctrinal en el estudio de la interpretación y el papel que desempeñen los operadores jurídicos. Los siguientes son solo algunos de los instrumentos de interpretación relevantes en el ámbito doméstico: *Diario de los Debates*, exposiciones de motivos de las reformas normativas, estudios doctrinales, estudios de derecho comparado y las propias decisiones judiciales. En el ámbito internacional, por lo que se refiere a los tratados internacionales, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en sus arts. 30 y ss., otorga un papel relevante a todos aquellos documentos en que se encuentre plasmada la voluntad de los Estados partes, e incluso, en algún momento, a los trabajos preparatorios que reflejan en parte las posturas de las delegaciones que representaron a los Estados en su formación.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Intérprete indígena

Es la persona que mediante el uso de un lenguaje establecido hace posible la comunicación entre un sujeto o comunidad indígena y algún otro interlocutor

que no conoce la lengua, costumbres, tradiciones, cultura y demás especificidades propias del lugar de donde aquél es originario.

Bajo la premisa de que el derecho indígena se basa en un modelo de respeto a las diferencias culturales de las personas, se concibe al intérprete como un auxiliar de la comunicación, que constituye una prerrogativa para las personas indígenas, y una obligación de las autoridades en proporcionarlo.

Mediante el intérprete, las autoridades están en posibilidad de entablar un diálogo con las personas o grupos indígenas, además permite un primer acercamiento con los rasgos particulares del grupo social, para que a partir, no solo de un lenguaje sino de toda una cosmovisión basada en una diversidad cultural, las autoridades y operadores jurídicos puedan entender sus costumbres y tradiciones.

La concepción del intérprete se desarrolla bajo la postura de que la lengua es una manifestación cultural, y como tal, es un instrumento característico de la comunicación humana, materializada mediante el uso de un lenguaje y un canal de comunicación común.

El derecho a contar con un intérprete se inscribe en el marco de los derechos fundamentales a la comunicación y defensa adecuada, ya que parte del criterio de que una persona tiene derecho a exponer sus argumentos en su lengua originaria, y es al Estado a quien le corresponde allegarse de los medios necesarios para poder entablar una comunicación adecuada y oportuna con las personas o comunidades indígenas.

Desde la perspectiva de acceso a la justicia, el intérprete es un auxiliar de comunicación entre la persona o comunidad indígena, con algún órgano del Estado, mediante el empleo de canales de comunicación como la escritura, la voz, signos o señas; con la característica imprescindible de conocer la cultura y especificidades propias de la comunidad para poder establecer, a partir de esa cosmovisión, una traducción apegada a una realidad indígena. Se trata de justicia en lengua indígena.

Así, la interpretación debe partir de la particular cosmovisión de la comunidad indígena; esto es, poder conocer costumbres y especificidades culturales y, en su caso, advertir si éstas han influido en el comportamiento de la persona.

El intérprete indígena responde a la necesidad de reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no incluyen la visión de determinadas minorías culturales.

Desde la perspectiva de acceso a la justicia, todas las autoridades al inicio de un juicio o procedimiento, o simples peticiones, tienen la obligación de garantizar a la persona o comunidad indígena la asistencia de un traductor para que les dé una voz a partir de la cosmovisión particular de una realidad diferente.

La figura del intérprete se funda en la idea del equilibrio de oportunidades en el acceso a la justicia, pues se concibe a las comunidades indígenas como un grupo históricamente desprotegido y en desventaja económica, cultural y social, en cuanto al ejercicio de los derechos.

Así, toda comunicación de las autoridades del Estado con una persona indígena debe realizarse en su lengua; de manera que en juicios, procedimientos

o incluso peticiones, la persona o comunidades indígenas tengan el derecho de acceso en su propia lengua; pues corresponde a las autoridades designar un intérprete que auxilie en el proceso de comunicación.

El derecho a un intérprete implica, entre otras cuestiones, un reconocimiento a la composición multicultural de los Estados; y una reconciliación con grupos sociales, históricamente en desventaja en relación con el ejercicio de los derechos mínimos que garantizan la dignidad de los seres humanos.

El reconocimiento de los derechos indígenas corresponde a las autoridades, por lo que en el caso que se tenga duda sobre el origen o pertenencia indígena de una persona es obligación de las autoridades indagar sobre el tema.

Así, una vez determinada la calidad indígena de una persona, ésta tiene derecho a la asistencia, en todo momento, de un intérprete; pues, en la comunicación entre las personas o grupos indígenas deben considerarse las costumbres, tradiciones, el sistema jurídico del estado en el que ocurran los hechos o se ventile la controversia, la regulación jurídica indígena en particular y las normas del sistema internacional de los derechos humanos.

En este contexto, las personas indígenas no se encuentran en un grado de excepción respecto de las demás partes en un proceso, sino que lo trascendente es analizar los planteamientos jurídicos desde su cosmovisión, es decir, se juzga desde la diferencia, respetando los derechos humanos y la multiculturalidad.

Graciela Rocío Santes Magaña
José Artemio Zúñiga Mendoza

Intérprete supremo de la Constitución

I. *La posición del Tribunal Constitucional*. ¿Cómo podemos caracterizar a este órgano en la división de poderes? Kelsen construyó la idea de "legislador negativo". Eisenmann se refería a un "poder constituyente por defecto". García de Enterría a un "comisionado del poder constituyente" para la defensa de la Constitución. A mi entender, las tres caracterizaciones no son adecuadas, y las dos últimas, pese a sus matices, entrañan una hipérbole, pues su labor no puede confundirse con el ejercicio extraordinario de la soberanía popular propio del poder constituyente. Un tribunal constitucional es un poder constituido, limitado y que ejerce sus funciones habitualmente; tampoco debería decidir en lugar del poder de reforma, sustituyéndolo, ni siquiera ocupar sus silencios en aquellos espacios constitucionales vacíos, propios del poder de modificar una Constitución. Bien es verdad que las Constituciones cambian por su reforma o a través de la interpretación constitucional, y ambas actúan en terrenos colindantes. Pero no es casual que ni la Constitución española ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) prevean la posibilidad del control de constitucionalidad material de la reforma. Una cuestión muy debatida en derecho comparado y que sí es enjuiciada por otras Cortes iberoamericanas. Tampoco es fortuito que el Tribunal Constitucional español esté sometido no solo a la Constitución y a sus reformas, sino también a su Ley Orgánica por mandato del art. 1.1, LOTC. Una y otra pueden derogar alguna de sus competencias o abrogar su doctrina jurisprudencial. Curioso poder constituyente

sería aquél sometido a una ley orgánica o al poder de reforma que es derivado del primero. Por lo demás, las delegaciones o comisiones deben ser expresas en vez de tácitas o presuntas. Las dos tesis que acaban de refutarse no me parecen convincentes.

II. *El intérprete supremo de la Constitución*. Conforme al art. 1.1, LOTC, un precepto de matriz alemana, el Tribunal Constitucional es el "intérprete supremo de la Constitución" y, en realidad, de todo el bloque de la constitucionalidad. Con esa condición puede aclarar el sentido de los preceptos constitucionales si resultase ambiguo, oscuro o necesitado de concreción. Segundo, cabe integrar las normas constitucionales y cubrir sus lagunas allí donde no sea explícito el sentido de las mismas pero resulte inmanente, haciendo que aflore. Tercero, puede incluso interpretar tales disposiciones de manera constructiva de nuevas normas; el carácter constructivo de la interpretación constitucional es uno de sus rasgos diferenciales. Si la interpretación constitucional debe consistir normalmente en hacer explícitas las normas constitucionales con criterios de justicia y razón antes que en edificar un derecho nuevo. La jurisprudencia constitucional participa de las fuentes de creación del derecho, formando verdaderas normas mediante la exégesis de otras que se adhieren a las de rango constitucional. El juez de la ley es artífice del derecho (Zagrebelsky). En la labor de un intérprete supremo, el deslinde entre creación y aplicación del derecho se difumina, aunque no desaparezca, ni las normas se creen del mismo modo por sentencias que mediante leyes: "... El Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, *la definición de la norma*, se impone a todos los poderes públicos" (STC 1/1981).

III. *La apertura de las normas constitucionales. La politicidad de los conflictos*. Las normas constitucionales incorporan cláusulas muy generales, dotadas de un alto grado de abstracción e indeterminación. Su exégesis suele reclamar una declaración, fundada en una argumentación que supera la decisión del caso concreto. Además, bastantes de los conflictos jurídicos que enjuicia la jurisdicción constitucional, y deben resolverse con arreglo a esas normas tan genérales, se adentran en el dominio de las tensiones políticas, lo que dificulta hallar un adecuado distanciamiento *supra partes*. Estas decisiones son, pues, parte de una dirección política de Estado y, en ese sentido —pero solo en ese—, son políticas.

IV. *Los intérpretes de la legalidad y la interpretación conforme*. El Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución "pero no del resto del ordenamiento jurídico" (STC 74/1987). No es juez de la legalidad. Una labor que corresponde a los órganos que integran el Poder Judicial. Pero cualquier Tribunal Constitucional, aunque en teoría acepte estos límites, sobrepasa a veces tales fronteras, siendo difícil saber cuándo se adentra en territorios de legalidad. Por eso ha podido llegar a decirse: "…este Tribunal que, en cierto sentido, es... no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley" (STC 17/1981). La explicación de esta perspectiva equivocada —por excesiva— reside en que, efectuar una interpretación constitucional, reclama "bucear" —ahondar— en la legalidad para comprenderla antes de poder volver a la superficie a la altura de la jerarquía de las normas constitucionales. En particular, ciertos derechos relacionales —especialmente, el proceso debido—

abocan a una interpretación conforme a la Constitución de las leyes. Es probable que, utilizando la interpretación conforme, algunos tribunales constitucionales puedan haberse desbordado e invadido funciones nomofilácticas y casacionales. Se genera entonces un "efecto llamada" de cualesquiera pleitos hacia la jurisdicción constitucional y se menoscaba el recto funcionamiento de los otros órdenes jurisdiccionales. La única salida radica en depurar los límites de la interpretación constitucional.

V. ¿U*n legislador negativo? Un órgano constitucional y jurisdiccional. Vinculación*. Está muy difundida la caracterización de Kelsen como "legislador negativo". Pero no me parece que pueda ser aceptada. Le preocupaba al clásico ubicar el nuevo órgano dentro de la triada horizontal de poderes, para superar dos objeciones a su creación: la soberanía del Parlamento y la separación de poderes. Por eso afirmaba que el órgano al que se confiere el poder de anular las leyes no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional sino otra semejante a fijar una norma general, y concluía que un tribunal con tal poder es un órgano del Poder Legislativo; solo después diría que la decisión de un tribunal constitucional de anular una ley tiene el mismo carácter que "una ley de derogación u otra ley", es decir, "un acto negativo de legislación", y es una función legislativa, lo que justifica que sus miembros sean elegidos por el Parlamento.

Pero, en los ordenamientos contemporáneos, el Tribunal Constitucional no se integra orgánicamente en el Parlamento ni ejerce funciones legislativas. Es un órgano jurisdiccional, independiente, dotado de una jurisdicción propia, que dicta sus decisiones motivadamente, en forma de sentencia, tras tramitar unos procesos y resolver unas pretensiones con congruencia. La moderna organización constitucional ya no se articula desde el corsé de la vieja concepción tripartita de poderes y funciones, por ello, en muchos países se solventa su posición acudiendo a la categoría de "órgano constitucional". Un órgano al margen de los poderes clásicos y ubicado en situación de paridad con los mismos, según argumentaron Sandulli y García Pelayo.

Las funciones de la jurisdicción constitucional asumen frecuentemente un papel "positivo", según se hace evidente en las "sentencias interpretativas" frente a aquéllas en las que se declara la nulidad y que tienen prevalentemente una dimensión negativa. No obstante, los efectos generales, derivados de la "vinculación" del legislador a la doctrina jurisprudencial, más allá del caso concreto enjuiciado, existen también en las sentencias de declaración de inconstitucionalidad (art. 38.1, LOTC).

VI. Los tribunales constitucionales no son un poder constituyente ilimitado, ni siquiera otro derivado de reforma, tampoco un legislador negativo, pues están sometidos a los primeros, pero solo al segundo cuando configura su Ley Orgánica. La función de intérprete supremo de la Constitución tiene una dimensión positiva, más jurídica que la de "defensa de la Constitución", porque no se contenta con preservar contenidos, anulando leyes, sino que suministra criterios y principios. Es la propia de órganos jurisdiccionales, no de árbitros políticos, pero al tiempo son órganos constitucionales ubicados en el flujo de una concreta división de poderes.

Javier García Roca

Interrupción de jurisprudencia

El término interrupción significa, según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia, la acción y efecto de interrumpir. Este verbo proviene del latín *interrumpere* que significa "recortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo". La aplicación de la interrupción se explica con base en la manera en que el ordenamiento mexicano ha dispuesto que se crea y se cambia la jurisprudencia. Ya que una de las formas de hacerlo es a través de la reiteración, la interrupción de ese proceso reiterativo cobra relevancia para determinar la vigencia o no de criterios jurisprudenciales.

El art. 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su párrafo 10, que la "ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución".

Con base en la disposición constitucional, la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) se refiere a la jurisprudencia electoral y a la dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En el caso de Sala Superior, se requieren tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario que sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma. En las Salas Regionales se requieren cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y ratificadas por la Sala Superior. Nótese el señalamiento de la eventual interrupción como impedimento para la conformación de jurisprudencia. De hecho, la misma ley se refiere directamente a la interrupción al determinar que la jurisprudencia del Tribunal Electoral se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio si hay un pronunciamiento en contrario que cuente con mayoría de cinco votos de los miembros de la Sala Superior. Adicionalmente, como sucede en todos los casos de interrupción de jurisprudencia, la ley exige que en la resolución respectiva se manifiesten las razones en las que se basa el cambio de criterio, pues éste tiene el potencial para convertirse en jurisprudencia bajo las condiciones establecidas por la ley.

El requisito de no interrupción también puede verse en las exigencias para constituir jurisprudencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El art. transitorio décimo quinto de la LOPJF determina que "las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros".

La Ley de amparo también se refiere al tema del inicio y fin de vigencia de la jurisprudencia con la alusión constante a la figura de la interrupción. De esa manera, la jurisprudencia del Pleno de la SCJN puede surgir por reiteración de criterios cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos. En el caso de las Salas, debe sustentarse un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos cuatro votos. En los tribunales colegiados de circuito deben cumplirse los mismos requisitos pero con votación unánime.

La Ley de Amparo igualmente prevé que la jurisprudencia se interrumpe y, por tanto, deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncia una sentencia en contrario, aunque cabe aclarar que la interrupción de la jurisprudencia puede ser parcial cuando el órgano que la ha conformado asume que no puede seguir siendo un criterio jurídico único y absoluto, sino que amerita excepciones que son introducidas por la sentencia que genera la interrupción.

Además, la Ley de Amparo incluye el deber de expresar las razones en las que se apoya la interrupción. Estas razones son cualificadas, pues deberán referirse a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa. Cuando obra este fenómeno, es decir, una vez interrumpida la jurisprudencia, deberán observarse las mismas reglas de formación para integrar la nueva.

De tal manera es posible afirmar que la interrupción de jurisprudencia puede ser de dos tipos: absoluta o parcial. Además, para que obre el fenómeno deben cumplirse tres tipos de requisitos *a)* de competencia: el mismo órgano que creó dicha jurisprudencia deberá emitir una sentencia en sentido diverso; *b)* de votación: es necesario que la sentencia que interrumpe la jurisprudencia sea emitida con la misma votación idónea para integrarla, es decir, por cuatro votos si se trata de una Sala de la Suprema Corte de Justicia, por ocho votos si es por el Pleno de la Suprema Corte y por unanimidad si es de un Tribunal Colegiado de Circuito, y *c)* de argumentación: expresar las razones en que se apoya la interrupción, teniendo en cuenta que éstas deberán referirse a las motivaciones que se tuvieron para generarla. Por otra parte, pueden verse varias consecuencias normativas derivadas de la interrupción de jurisprudencia: *a)* vigencia: los criterios pierden vigencia por la interrupción; *b)* obligatoriedad: cuando una jurisprudencia es interrumpida pierde su carácter obligatorio; *c)* rango de libertad decisoria para tribunales inferiores: los tribunales inferiores que anteriormente se veían obligados a acatar la jurisprudencia tendrán libertad de decidir si siguen el criterio de la jurisprudencia interrumpida, el criterio de la sentencia que la interrumpe como ejecutoria aislada o, incluso, un distinto criterio; *d)* potencial jurisprudencial: la sentencia que genera la interrupción tiene el potencial para generar jurisprudencia si cumple con los demás requisitos para lograrlo, y *e)* manifestación de cambio: la interrupción manifiesta desafíos a la jurisprudencia vigente y materializa una eventual necesidad de cambio de tesis total o parcial, por lo tanto es una expresión de adaptación del sistema jurídico frente a eventuales cambios sociales.

Ethel Nataly Castellanos Morales

Investigación de servidores públicos judiciales

La investigación de los servidores públicos se encuentra orientada a determinar si en el ejercicio de sus funciones han incurrido en actos u omisiones, es decir, en alguna causa de responsabilidad prevista en ley.

La palabra "investigación" deriva del latín *investigatĭo, -ōnis* que significa acción y efecto de "investigar", palabra también de origen latino *investigāre.*

Dentro del Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran cuatro tipos de responsabilidades: política, penal, civil y administrativa.

Servidor público judicial es aquel que presta un servicio al Estado en el ámbito del Poder Judicial federal o local, bien sea que se desempeñe directamente en un órgano formal y materialmente jurisdiccional o en funciones de carácter administrativo vinculados con la función pública de impartición de justicia; concepto en el que se incluyen los defensores y los asesores jurídicos, y cada una de esas categorías tiene una correspondiente forma de investigación.

En el desempeño jurisdiccional del juzgador, por regla general, se excluye de la investigación el arbitrio judicial, para garantizar la independencia y autonomía del titular, y solo se puede abordar cuando se aduce que existe contradicción notoria y objetiva con el orden normativo o que se falló en contra de las constancias que obran autos. Y está surgiendo una nueva vertiente que abarca la revisión de la uniformidad o regularidad del criterio.

En el derecho comparado, el procedimiento de responsabilidad de los funcionarios del Poder Judicial se encuentra relacionado principalmente con la garantía de independencia para ejercer su función. En esa virtud, los juzgadores, así como su personal, pueden ser sujetos de responsabilidades administrativas, civiles, penales e incluso patrimoniales.

La actuación del servidor público estrictamente jurisdiccional frente al orden interno puede ser investigada en diversos aspectos: en su actuación como juzgador; en sus relaciones con los subalternos, y entre éstos y respecto de su honestidad. En este último renglón, la investigación, en la esfera federal, comprende la situación y evolución patrimonial, en donde se puede investigar también al cónyuge del servidor público; concubina, en su caso, y dependientes económicos, análisis que puede verificarse sobre sus ingresos, propiedades, cuentas bancarias, e incluso su situación fiscal.

En el ámbito federal, el nombramiento lleva expreso el reconocimiento de la potestad del Consejo de la Judicatura para investigar todos esos rubros, a través de su Contraloría, la Comisión de Disciplina y la Comisión de Vigilancia y Evaluación.

El inicio de una investigación a un servidor público judicial se efectúa a través de una queja o denuncia; también puede llevarse a cabo de oficio, como resultado de una visita extraordinaria, por determinación del Pleno, por inconsistencias en la situación patrimonial o cuando se presuma la existencia de irregularidades.

Los servidores judiciales en el Poder Judicial Federal se encuentran sujetos al régimen general de responsabilidad de los servidores públicos establecido en los arts. 110-113 de la Constitución federal.

El art. 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece un catálogo de causales por las que puede iniciarse un procedimiento administrativo, entre ellas: realizar conductas que atenten contra la independencia judicial; ineptitud o descuido de funciones; impedir que las partes ejerzan sus derechos; no preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo de la función; prejuzgar sobre asuntos; abandonar la residencia del tribunal o juzgado; dejar de desempeñar las funciones del cargo; realizar nombramientos

o promociones infringiendo disposiciones. Y el art. 135 de esa ley contempla como sanciones aplicables en los casos de responsabilidad de los juzgadores y demás sujetos: el apercibimiento privado o público; la amonestación privada o pública; la sanción económica; la suspensión; la destitución del puesto, y la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

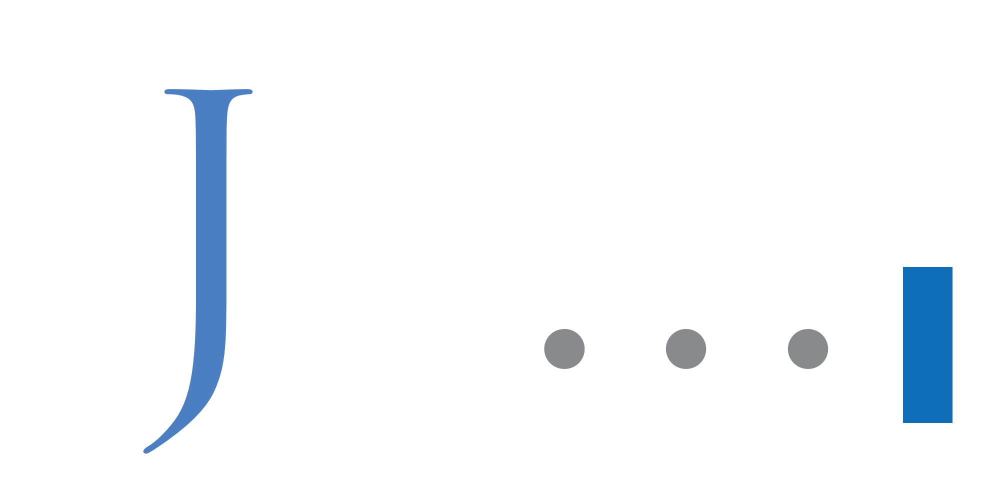
Al concluir los primeros seis años en su encargo, los magistrados de circuito y jueces de distrito son sujetos a un procedimiento de ratificación.

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para la ratificación de magistrados de circuito y jueces de distrito, el Consejo tomará en consideración el desempeño que se haya tenido en el ejercicio de su función, principalmente: los resultados de las visitas de inspección; el grado académico, que comprende el nivel de estudios con que cuente el servidor público, así como los diversos cursos de actualización y especialización acreditados de manera fehaciente; no haber sido sancionado por falta grave con motivo de una queja de carácter administrativa.

Respecto de los procedimientos de investigación que se llevan a cabo en relación con los servidores públicos de los poderes judiciales locales, encontramos que en la mayoría de los estados de la República mexicana se reproduce parte del sistema implementado por el fuero federal, descrito en párrafos anteriores.

Juan Carlos Cruz Razo




J



Judicial review in the United States

The power of judicial review is the authority of a court to declare invalid and set aside legislative or executive action that is deemed contrary to the Constitution. The power of judicial review is a vitally important element of the U. S. legal system and a defining characteristic of our federal judicial system. Over the more than two hundred years since the practice of judicial review was announced by the Supreme Court of the United States, a debate has raged over the breadth of this power as well as its constitutional underpinnings. But today, it remains robust and firmly established as a critical component of the U. S. constitutional order.

The power of judicial review in the United States is highly decentralized; virtually all courts in the United States, federal and state, may exercise the power of judicial review. The Supreme Court of the United States has the final decision about the constitutionality of specific action taken by public actors at the federal and state (and, by derivation, local) levels. Supreme Court decisions on constitutional matters can be modified only by the U. S. Supreme Court itself in reviewing the issue in a subsequent case, or by Constitutional amendment. The process for amending the U. S. Constitution is extremely cumbersome and has been achieved only rarely in the more than 200 years since the Constitution was adopted. For this reason, the process of judicial review plays an extremely important role in U. S. constitutional law.

Judicial review plays a particularly crucial role in the U. S. legal system for an additional reason: many of the important provisions of the U. S. Constitution are stated in broad and majestic terms devoid of meaning in the abstract. These include phrases such as "due process of law", "liberty", "equal protection", "establishment of religion", "free religion", "freedom of speech", "probable cause", and "cruel and unusual punishments", among others. The role of the judiciary in delineating and elaborating on what those terms mean in specific contexts and over time is a critical one.

Judicial review serves a number of functions in the U. S. legal system but they all relate to the same basic responsibility of the courts: to uphold the supremacy of the Constitution as the defining government charter. Primary among the role of the courts in this regard is the maintenance of the limited form of government envisioned by the Constitution. Judicial review includes the power to decide such fundamental questions as what basic rights are provided by the Constitution? What is the proper role of and balance between each of the three branches of our national government? What is the role of and the proper relationship between the federal government on the one hand and the state and local governments on the other hand? These questions have an enormous impact on the political life of the United States and on many issues that impact the lives of its inhabitants.

The power of judicial review is nowhere explicitly provided in the U. S. Constitution and is itself a product of judicial construction. There is, however, a textual basis to support the proposition that the federal judiciary has the power to review acts of coordinate branches and the states for their consistency with the Constitution. Under the supremacy clause, the Constitution

and the laws made pursuant to the Constitution are to be "the supreme Law of the Land". This and other provisions suggest that the Supreme Court has the authority to ensure that other government actors comply with Constitutional mandates. The structure of the federal government set out in the Constitution, with its carefully crafted system of separation of powers and checks and balances, also supports the power of judicial review.

The Supreme Court's decision in *Marbury* v. *Madison* (1803) was and remains the Supreme Court's landmark decision confirming the power of judicial review. However, it was not created out of whole cloth. Despite the early history and seemingly broad acceptance of the power of judicial review, it was Chief Justice John Marshall's landmark decision of *Marbury* v. *Madison* that solidified the power of judicial review as a core component of our constitutional jurisprudence. To this day, *Marbury* remains one of the most celebrated and important decisions of the U. S. Supreme Court.

In his opinion for the Court, Chief Justice John Marshall explained and justified the exercise of judicial review to strike down as unconstitutional act of Congress: "Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the legislature repugnant to the Constituting is void". In words that have by now become legendary, Chief Justice Marshall continued by stating that "[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule".

Shortly after *Marbury*, the Supreme Court affirmed that executive actions as well as legislative actions were subject to judicial review.

Very broadly speaking, there are three main areas over which the power of judicial review is exercised. They involve first, relations between the states and the national government (federalism); second, the relations among the three branches of government at the national level (separation of powers); and third, the protection of individual rights and protections as against abuses by government authorities.

Especially with regard to the third function mentioned above —the preservation of individual rights— judicial review serves as a protection against minority abuses by the majority. It is especially with regard to this particular aspect of federal court review —the role of the courts in protecting unpopular views— that has been the subject of a great deal of attack. The underlying basis for these attacks on judicial review resides in what Alexander Bickel famously called "the countermajoritarian difficulty", an issue that has been called "the central obsession of modern constitutional scholarship".

Most recently, debate over the appropriate scope and nature of judicial review has emerged on issues such as gay rights, right to die, abortion, and the death penalty. Much debate has also centered around the Court's decisions defining the power of the federal government —a power that is limited to those functions that are enumerated in the Constitution—.

Nonetheless, the judicial review function is extremely broad and its results define the most important of Constitutional doctrines. There are, however,

limits to the exercise of the power of judicial review. First, the federal judicial power is limited to "cases" and "controversies". An exhaustive discussion of the justiciability doctrine exceeds the scope of this entry, but in general means that the federal courts will not render advisory opinions but will limit their review to cases that present actual disputes as to which the parties have a direct, personal, and legally protected interest. The harm complained of cannot be speculative or hypothetical but must be actual and concrete. The case and controversy requirement has been refined into a series of justiciability doctrines known as standing, mootness, ripeness, and exhaustion (a closely related principle is the "political question doctrine," under which federal courts may not hear a narrow category of cases as to which it has been determined that the Constitution has entrusted to the political branches).

Second, federal courts are courts of limited subject matter jurisdiction as defined in article III of the Constitution and detailed by federal legislation. Most commonly, cases go to federal court because they involve questions of federal law ("federal question jurisdiction") or disputes between a citizen of one state and a citizen of another state or a foreign country when, as Congress has provided, there is at least $75,000 in controversy ("diversity jurisdiction").

Finally, as part of a common law system, federal courts abide by the doctrine of *stare decisis*, a principle that generally requires courts to follow principles of law announced in earlier decided cases when presented with similar facts and legal issues. Although this doctrine is not binding on the Supreme Court, and lower courts have discretion in determining the scope and reach of binding court decisions, the principle of *stare decsis* does have a moderating influence on the federal courts.

Toni Jaeger-Fine

Juez constitucional en materia electoral

Es el juzgador que tiene a su cargo la protección y conservación de los principios constitucionales en materia electoral, mediante la revisión, a través de un sistema de medios de impugnación, de los actos y resoluciones de las autoridades electorales. Se considera juez constitucional porque su principal elemento de confronta es la Constitución, con lo cual se convierte en un juez constitucional especializado. La actuación de estos juzgadores ha construido en México una muy interesante doctrina jurisprudencial, en ocasiones basada en argumentaciones derivadas de la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano.

La justicia constitucional electoral es de reciente desarrollo en nuestro país, deriva principalmente del reconocimiento a nivel constitucional de la complejidad electoral, toda vez que anteriormente los partidos políticos y las elecciones eran regulados fundamentalmente en leyes secundarias. Con el reconocimiento constitucional se generó también la exigencia de mecanismos jurisdiccionales para revisar el cumplimiento de los principios constitucionales en el actuar de las autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia electoral.

En México, dada la organización federal y la existencia formal de un federalismo judicial, los jueces constitucionales pueden tener como ámbito de actuación la materia electoral federal o local. Esto significa que jurisdiccionalmente la materia electoral se organiza en una instancia federal, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y 32 instancias locales, que pueden ser tribunales autónomos, salas especializadas o tribunales adscritos al Poder Judicial local. A pesar de que no se trata de una organización jerárquica, los jueces federales pueden llegar a revisar la actuación de los jueces locales, a través de los mecanismos procesales que se ponen a disposición de los justiciables en la materia.

En el caso de los jueces constitucionales electorales federales, estos pertenecen al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, mismo que se integra por una Sala Superior y cinco salas regionales, que corresponden a cada una de las circunscripciones electorales en que se divide el país. Estos jueces constitucionales en materia electoral reciben el nombre de magistrados electorales. Los requisitos exigidos a los integrantes de la Sala Superior difieren de los de los integrantes de salas regionales; los primeros deberán satisfacer como mínimo los requisitos exigidos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que los integrantes de las salas regionales deberán cumplir al menos con los requisitos exigidos para ser magistrado de tribunal colegiado de circuito.

De acuerdo con la propia Constitución mexicana, para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación y no haber sido secretario de Estado, procurador general de la República o de justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún estado o jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento. Asimismo, se prevé que los nombramientos de los ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica. Estos son requisitos que mínimamente deben considerarse en la designación de los jueces que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En el caso de los magistrados de tribunal colegiado de circuito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala de manera genérica que para poder ser designado magistrado de circuito se deben cumplir los siguientes requisitos: ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no se adquiera otra

nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos; ser mayor de treinta y cinco años; gozar de buena reputación; no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de la libertad mayor de un año; contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente y práctica profesional de cuando menos cinco años, además de los requisitos previstos en la propia ley orgánica respecto de la carrera judicial. Estos son requisitos a considerar en la designación de los jueces que integran las cinco salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La Sala Superior se integra por siete magistrados, mientras que las cinco salas regionales se integran cada una por tres magistrados. En total, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuenta con veintidós jueces constitucionales en materia electoral. Todos ellos son designados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión a partir de ternas enviadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de manera que la injerencia del presidente de la República en dicho procedimiento ha sido excluida, con el objeto de garantizar la autonomía e independencia del Tribunal Electoral. Ello no obsta para que en la etapa final en el Senado exista una politización en la designación de los magistrados electorales.

En la actualidad los magistrados electorales son elegidos para ocupar su cargo nueve años, a excepción de quienes se elijan por tres o seis años, para conseguir el escalonamiento que se fijó en la reforma constitucional de 2007. En la elección por parte del Senado, la Constitución exige una votación calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores. La elección de los magistrados electorales será escalonada, de forma que cada tres años se renueven parcialmente la Sala Superior y las salas regionales.

El estatuto de los jueces constitucionales en materia electoral, por cuanto hace al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se encuentra establecido en la propia Constitución, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

En el ámbito de las entidades federativas, la designación de los jueces constitucionales en materia electoral presenta diversas variantes, en algunos casos incluso se contemplan exámenes de conocimiento. La preponderancia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo se ha hecho evidente en numerosas ocasiones, lo cual ha generado la impronta de parcialidad en la actuación de los órganos jurisdiccionales electorales locales. Con la reforma política de 2013 se prevé un sistema que garantice mayor imparcialidad en el desempeño de la función que les corresponde.

Asimismo, debe tenerse presente que el art. 116, frac. IV, incisos b) y c), de la Constitución mexicana, prescribe que en materia electoral las Constituciones y leyes de los estados garantizarán, por un lado, que las autoridades electorales ejerzan la función electoral bajo los principios de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad, y, por el otro, que las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones.

El reconocimiento de los jueces electorales como jueces constitucionales está a tono con la pretensión de considerar que la justicia electoral es justicia constitucional.

Finalmente, dada la división existente entre el control abstracto y concreto de la constitucionalidad en México, debe señalarse que de manera específica también son jueces constitucionales en materia electoral, los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al fallar en las acciones de inconstitucionalidad que se presenten en materia electoral.

David Cienfuegos Salgado

Juez continental

Se puede entender por juez continental aquel juez propio del mundo europeo de tradición romano germánico que se contrapone al juez de tipo insular o del *common law*. Ese modelo de juez es común a los países del centro y sur de Europa, el que luego fue replicado en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas.

El juez continental se caracteriza, en primer lugar, por reunir dos rasgos copulativos que se refieren a su calidad de profesional del derecho y funcionario público. Profesional del derecho por cuanto para ser nombrado juez se requiere tener el título de abogado. Funcionario público puesto que ese abogado ejerce un cargo y función pública de carácter permanentes. Una vez seleccionado y designado por los órganos estatales competentes, desarrolla su trabajo jurisdiccional dentro de una estructura estatal permanente.

Es habitual que el juez continental sea un profesional del derecho que comienza tempranamente su labor como juez, una vez que se ha titulado de abogado y posteriormente ha sido designado en el cargo. Nombrado como juez, se mantiene en la estructura judicial inamoviblemente hasta su jubilación desempeñando distintos cargos y funciones dentro de la estructura judicial. Es decir, es común que el juez continental desarrolle una carrera judicial. La idea de carrera judicial está ligada a la existencia de una estructura judicial con diversos grados jurisdiccionales, que en mayor o menor medida se estructura de un modo jerárquico, teniendo los jueces que se encuentran en la cúspide de la organización poderes de control sobre el trabajo jurisdiccional desarrollado por los jueces inferiores. Esos jueces, que se acostumbra a denominarlos jueces superiores, tienen gran prestigio social, mayor estatus y reciben una remuneración acorde con él. Debido a esta estructura jerárquica del Poder Judicial, el juez continental recibe claros incentivos para hacer carrera judicial intentando llegar a la cúspide de la estructura.

En segundo lugar, el juez continental se caracteriza por su carácter preeminentemente técnico y no político. El modelo sobre el que se basa su función supone un rol aplicador antes que creador de derecho. Derivado de este carácter esencialmente técnico de los jueces continentales, la defensa de la Constitución nunca se les ha encargado a ellos.

Solo desde 1920 se opta en Europa por la idea de una defensa de la Constitución en manos de jueces, pero no de cualquier juez, sino a cargo del juez

constitucional que no corresponde a ese modelo de juez funcionario y de carácter eminentemente técnico. Se puede distinguir entonces entre un juez continental ordinario y un juez continental de carácter constitucional. Este último en exclusiva defiende la Constitución.

La razón para excluir al juez continental ordinario de la defensa de la Constitución obedece a las siguientes razones: en primer lugar, porque la Constitución en el siglo XIX no era una norma jurídica que había que defender judicialmente. La Constitución para los jueces continentales constituía solo un horizonte normativo de carácter programático y político. En segundo lugar, porque la ley en ese periodo era expresión de libertad, así como manifestación de la soberanía popular. De acuerdo con esta concepción ideológica, el pueblo que se expresa libre y racionalmente en la ley no se equivoca ni puede vulnerar la Constitución. En tercer lugar, los jueces no podían anular leyes o derogarlas porque ello habría comportado una supresión del principio de separación de poderes. Y finalmente, porque existía una desconfianza hacia los jueces, debido al arraigo al mundo aristocrático de ellos que los llevaba a rechazar cualquier innovación liberal. Tal adscripción social y política de los jueces explica que luego en la Francia postrevolucionaria no se les permitiera ejercer ningún control sobre las acciones legislativas. Tampoco tenían la facultad para controlar los actos administrativos.

Los jueces europeos postrevolucionarios debían limitarse a aplicar la ley, y si tenían dudas de cómo interpretarla, como estos no eran otra cosa que los "labios que pronuncian las palabras de la ley, ó seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor" (Montesquieu), debían reenviar el caso al Parlamento para que este interpretara y revisara autorizadamente el rigor de la ley (*référé legislatif*). Por otra parte, la infracción de la ley por los jueces era una tarea que controlaba el Parlamento vía casación. Con el tiempo esa función anulatoria o de casación se convierte en actividad propia de los jueces de casación. El paso que siguió durante el siglo XIX fue que jueces especiales (Consejo de Estado) pudieron también enjuiciar los actos de la administración. El juez continental poco a poco conquistó su lugar en el Estado de derecho europeo.

En Europa, el control de constitucionalidad de las leyes solo se concreta a partir de1920, fecha en que se crean los tribunales constitucionales austriaco y checoslovaco. De este modo, a diferencia de los jueces estadounidenses, en Europa la labor de defensa de la Constitución, con la posibilidad de anular o derogar leyes contrarias a la Constitución, era tarea exclusiva de tribunales especiales denominados tribunales constitucionales. Esa labor de defensa de la Constitución no correspondía a los jueces ordinarios.

¿Cuál es entonces la relación del juez continental ordinario con la Constitución? Desde fines del siglo XVIII y hasta la primera mitad del siglo XX, la Constitución para los jueces continentales constituía solo un horizonte normativo de carácter programático y político. Esto quiere decir que el juez continental no aplicaba la Constitución como norma jurídica, ni podía anular ni derogar leyes contrarias a la Constitución, así como tampoco interpretarlas en un sentido constitucional.

Esta situación comienza a cambiar en 1929 cuando se reforma la Constitución austriaca y se crea la figura de la cuestión de inconstitucionalidad. Esto significó implicar a los jueces ordinarios con la defensa de la Constitución cuando esta se veía contrariada por una ley inconstitucional, pero no para que ellos practicaran ese acto anulatorio o derogatorio, sino para que plantearan la cuestión al Tribunal Constitucional, único órgano autorizado para realizar tal cometido. La cuestión de inconstitucionalidad se realiza en el contexto de un proceso judicial pendiente ante los jueces ordinarios, pasando a ser una cuestión incidental dentro de ese proceso judicial principal.

Después de la Segunda Guerra Mundial la situación cambia, siempre en el sentido de implicar más activamente a los jueces ordinarios con la defensa de la Constitución. Además de la atribución de deducir la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al juez ordinario continental se le atribuyó el poder de interpretar la ley de conformidad con la Constitución. Esto supone un amplio poder de interpretación de la ley en clave constitucional, cuestión que el modelo de juez continental del siglo XIX nunca supuso. Por lo demás, ese amplio poder interpretativo que se le dio al juez ordinario comportó para este la posibilidad de operar con los principios constitucionales y aplicarlos a situaciones concretas que antes solo podían ser resueltas por la ley o en su defecto por la equidad. La Constitución pasa de este modo a configurarse en norma jurídica aplicable directamente por los jueces, muchas veces en forma de reglas jurídicas constitucionales, pero, la mayoría de las veces, a través de principios constitucionales que permiten solucionar situaciones jurídicas donde se ven implicados derechos fundamentales, o bien, con el fin de coordinar los intereses tutelados por la ley con los derechos de las personas implicados en una controversia jurídica.

Actualmente, el juez continental aparece fuertemente vinculado a la Constitución que la concibe como la primera norma jurídica del ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a ese carácter de norma jurídica y a la concepción que ella debe ser aplicada en las controversias judiciales, el juez continental ordinario no aparece facultado para anular, derogar, así como tampoco inaplicar una ley contraria a la Constitución. Esta labor es exclusiva de los jueces continentales constitucionales: de los jueces del Tribunal Constitucional.

Andrés Bordalí Salamanca
Felipe Paredes Paredes

Juicio de amparo (mexicano)

El juicio de amparo mexicano es un medio de control constitucional a través del cual se protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o, en ciertos casos, de particulares. Su ámbito de protección se extiende a la tutela de todo el orden jurídico nacional, pues comprende las funciones de *habeas corpus* o tutela de la libertad personal, la protección de los derechos fundamentales de fuente nacional e internacional, el control de constitucionalidad de leyes, así como el control de legalidad de los actos de las autoridades administrativas y de las sentencias judiciales.

Sus bases están contenidas en los arts. 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya reforma de 6 de junio 2011, complementada por la de 10 de junio siguiente en materia de derechos humanos, transformó significativamente a esta institución procesal paradigmática del derecho procesal constitucional mexicano. La implementación de tales reformas incluyó la expedición de la Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013, que abrogó la de 1936, la cual completa el entramado normativo que rige al juicio.

La restructuración del juicio de amparo obedeció a la circunstancia advertida, por gran parte de la doctrina, en el sentido de que este proceso, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX, se había vuelto innecesariamente técnico y rigorista y que tenía limitaciones que no le permitían cumplir eficazmente con su función esencial de proteger a las personas frente a las violaciones de sus derechos fundamentales.

En su regulación actual, los órganos competentes para conocer del juicio de amparo son: la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los tribunales colegiados de circuito; los tribunales unitarios de circuito; los juzgados de distrito, y los órganos jurisdiccionales de las entidades federativas, en auxilio de la justicia federal. Se tramita en vía directa cuando se impugnan sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo; y en vía indirecta, contra actos u omisiones en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, contra actos que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales y contra actos u omisiones de autoridad administrativa. Tratándose del amparo directo, la parte que haya obtenido sentencia favorable puede presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio, lo que constituye una figura novedosa, tendente a dar celeridad al juicio en tanto propicia el análisis de todas las violaciones procesales en un mismo fallo.

Las partes en el juicio son el quejoso, la autoridad responsable, el tercero interesado y el Ministerio Público Federal. Es en este ámbito de la legitimación procesal en donde se verificaron algunos de los cambios más trascendentales para la eficacia del amparo: por cuanto hace a la legitimación activa, ya no se exige la demostración de un interés jurídico, sino de un interés legítimo individual o colectivo derivado de una afectación a la esfera jurídica del promovente, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, manteniéndose la exigencia de un derecho subjetivo afectado de manera personal y directa, únicamente para la impugnación de actos de autoridades jurisdiccionales. Respecto a la legitimación pasiva, se privilegia un criterio de identificación material, al señalarse que tiene el carácter de autoridad para efectos del amparo la que con independencia de su naturaleza formal intervenga en el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones, con lo que el ámbito de protección se amplió a las omisiones. Además, se establece que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando en ejercicio de funciones determinadas por una norma general, realicen actos equivalentes a los de

autoridad que afecten derechos, previsión con la que se logra una protección horizontal de los derechos fundamentales.

Como medida cautelar, los actos que se impugnen en amparo pueden ser objeto de suspensión, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo deberá realizar una ponderación entre la apariencia del buen derecho y el interés social.

Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de las personas que lo hayan solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la demanda; sin embargo, cuando el Pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los tribunales colegiados de circuito emitan jurisprudencia por reiteración en la que se declare la inconstitucionalidad de normas generales no tributarias, la Corte emitirá una declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que fuere aprobada por una mayoría de al menos ocho votos. En amparo directo, las sentencias deben contener el pronunciamiento respecto de todas las violaciones que se hayan hecho valer y aquellas que se adviertan en suplencia de la queja, cuando proceda, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución. Los efectos de la concesión del amparo, tratándose de actos positivos, consistirán en restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; tratándose de actos negativos o que impliquen una omisión, la autoridad estará obligada a cumplir lo que el derecho violado exija. En amparo contra leyes, de declararse la inconstitucionalidad, los efectos se extenderán a todas aquellas normas y actos cuya validez dependa de la propia norma invalidada. Procede la suplencia de la queja en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en normas generales declaradas inconstitucionales por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los plenos de circuito; en favor de los menores o incapaces, o en aquellos casos en que se afecte el orden y desarrollo de la familia; en favor del inculpado o sentenciado, así como en favor de ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso adherente; en materia agraria, tratándose de actos de privación de bienes o derechos agrarios, a los núcleos de población ejidal o comunal, así como a los ejidatarios y comuneros en particular; en materia laboral, en favor del trabajador; en otras materias cuando se advierta una violación evidente de la ley que haya dejado sin defensa al quejoso o particular recurrente; así como en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio.

El sistema de recursos fue simplificado, de manera que solo se admiten los de revisión, queja y reclamación, y tratándose del cumplimiento de sentencias, el de inconformidad.

Son muchos los aspectos novedosos del juicio de amparo, pero el cambio más profundo provino, por un lado, de la reforma al art. 1o. constitucional que establece una serie de principios interpretativos —interpretación conforme, principio pro persona, principios de interdependencia, indivisibilidad, universalidad— que obligan a todas las autoridades del Estado, incluyendo a los órganos jurisdiccionales, a resolver adoptando la interpretación más favorable al derecho de que se trate, de manera tal que se logre dar operatividad

a los derechos fundamentales en juego. Por otra parte, la apertura del ordenamiento jurídico mexicano al derecho internacional de los derechos humanos permite que el juicio de amparo se conciba como un instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados también en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, en tanto conforman junto con la Constitución el parámetro de validez de todo el orden jurídico mexicano.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Juicio de legitimidad constitucional

1. La justicia constitucional representa la superación de las teorías de la c. d. "defensa política" de la Constitución, alimentadas por el constitucionalismo francés del periodo revolucionario.

Con base en estas últimas, el respeto de la Constitución debía ser asignado —en obsequio al principio de la soberanía nacional— a órganos políticamente representativos (como el Senado, el Tribunal de *censores* o una *jurie constitutionnaire*), a órganos internos al Poder Legislativo o a órganos consultivos (como el Consejo de Estado). Contrariamente, en las experiencias de justicia constitucional, la revisión de la conformidad de una ley a la Constitución está conformada por un órgano externo al procedimiento legislativo, dotado de los requisitos de imparcialidad y de profesionalidad.

Por otro lado, el proceso constitucional se distingue de otros procedimientos jurisdiccionales por algunas peculiaridades, como un elevado grado de flexibilidad en la utilización de los procedimientos; en resumen, los jueces constitucionales adoptan autónomamente las normas procesales complementarias, pueden modificar una práctica anterior o derogar a la normativa vigente.

Tal "discrecionalidad" está justificada por la naturaleza de la actividad desarrollada por los jueces constitucionales, la cual se distingue de los jueces comunes por una intrínseca taza de *politicidad*, derivada del efecto de sus decisiones. Viene considerado que el proceso constitucional posee la peculiaridad de concluirse con decisiones, cuyos dispositivos y las *rationes decidendi* son vinculantes para los poderes públicos, incluidos los jueces del orden común.

2. Históricamente, las experiencias de justicia constitucional se han inspirado a dos prototipos —el norteamericano y el austriaco— que datan, el primero, de inicios del siglo XIX, y el segundo, de inicios del siglo XX.

La revolución norteamericana aspiraba a un legislador limitado por la Constitución, e individualizaba en los juicios el poder más idóneo a contrastar sus eventuales abusos. En particular, Hamilton sostiene en *The Federalist* que la función de "freno" ejercida por los jueces se debía manifestar, principalmente, declarando nulos todos los actos contrarios al evidente entendimiento de la Constitución: tal principio fue precisado sucesivamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la cual, al momento de la controversia *Marbury* vs. *Madison* de 1803, afirmó que un acto legislativo contrario a la Constitución debe tenerse por nulo, toda vez que los poderes del legislador son definidos y limitados por la Constitución.

Las características esenciales del control de constitucionalidad como se ha consolidado en los Estados Unidos de América, pueden ser resumidos del

siguiente modo: se trata de un control difuso, concreto, eventual, con efectos *inter partes* en sus decisiones.

Respecto a su carácter difuso, compete a todos los jueces desaplicar las normas incompatibles a la Constitución. Consecutivamente, la decisión del juez no tiene efectos generales (*erga omnes*): distinta es la hipótesis en la cual la incompatibilidad con la Constitución sea declarada por la Corte Suprema, ya que en este caso la *ratio decidendi* constituye un "precedente" y vincula *pro futuro* a los jueces.

Por otro lado, el control de constitucionalidad se debe manifestar en el ámbito de un juez relativo a *cases and controversies*; en otros términos, debe existir una contención. Como consecuencia queda excluido que la Corte Suprema pueda pronunciarse sobre cuestiones abstractas —previstas, por ejemplo, mediante recursos preventivos— o ejercitar un poder consultivo sobre la forma de *advisory opinions* o de *references*.

Una característica ulterior del sistema consiste en el hecho de que el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema es eventual: de hecho, la Corte puede seleccionar los casos (*certiorari)*, o ya sea abstenerse de juzgar sobre cuestiones de naturaleza propiamente política, de tal modo para no alterar el principio de la separación de poderes (*political question*).

Además, con algunas limitadas experiencias en Europa (Noruega, Dinamarca, Suecia), este tipo de justicia constitucional ha ejercido influencia principalmente en algunos sistemas pertenecientes al *Commonwealt* (como Canadá e Israel) y en América Latina (como referentes se encuentran Argentina, México y Brasil).

3. Por el contrario, en Europa continental se ha asentado una idea de justicia constitucional contrapuesta, que tenía su realización práctica, primero en el sistema constitucional checoslovaco, y posteriormente en la Constitución austriaca de 1920. A su institución contribuyó en gran medida la aportación teórica dada por dos respetables juristas, Jellinek y Kelsen.

En su planteamiento inicial la justicia constitucional se caracterizaba como un sistema centralizado y abstracto: el primer elemento fue enfatizado de la prohibición para los jueces de controlar las leyes posterior a su promulgación; el carácter abstracto derivaba del hecho que el juez constitucional podía ser accionado solamente a través de un recurso por parte de los órganos supremos del Estado y de los *Länder*. Por otra parte, el recurso podía ser presentado solamente en los tres años sucesivos a la entrada en vigor de la ley. Para acentuar la característica de la justicia constitucional como "legislador negativo", la normativa preveía que las sentencias de deslegitimación producían un efecto *ex nunc*, equiparable a la abrogación legislativa.

El sistema austriaco de justicia constitucional ha manifestado una indudable capacidad expansiva en Europa, al punto que diversos autores califican las formas de control centralizado y abstracto de constitucionalidad como "modelo europeo" de justicia constitucional.

Inicialmente, el control centralizado de constitucionalidad fue introducido también en las Constituciones italiana (1948) y de la República Federal Alemana (1949); entonces, al final de los años setenta, fueron instalados tri-

bunales constitucionales en España y en Portugal, apenas consolidados sus regímenes democráticos. Por último, después de la crisis de los regímenes comunistas, experiencias similares se expandieron en diversos sistemas de la Europa oriental.

La experiencia comparada evidencia cómo la circulación de las experiencias jurídicas favorece un acercamiento entre sistemas contrapuestos de justicia constitucional, pero al mismo tiempo favorece formas de contaminación. Al respecto es particularmente interesante la experiencia de América Latina, que representa fórmulas peculiares de justicia constitucional. Por ejemplo, referente a la variedad de modelos de acceso a la justicia constitucional, se tiene la coexistencia de formas de control difuso y concreto (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina), así como de control preventivo y sucesivo (Bolivia, Colombia, Chile).

4. En general, el juez de legitimidad constitucional puede ser activado mediante recurso o seguido de una cuestión planeada por un juez dentro de un proceso (véase Control de constitucionalidad en vía incidental).

El recurso de constitucionalidad representa un procedimiento típico de los sistemas abstractos de justicia constitucional, desde el momento en que el juez constitucional puede ser activado por un número predeterminado de órganos y dentro de un periodo de tiempo predefinido: para estos efectos, el recurso puede ser interpuesto de forma preventiva —anterior a la publicación y entrada en vigor de las normas— o de forma sucesiva.

Los recursos preventivos de constitucionalidad están previstos en Europa (Francia, Rumania, Hungría, Eslovenia y Lituania), así como en América Latina (Chile, Ecuador, Bolivia y Colombia). En general, tales recursos tienen por objeto las leyes y los actos con fuerza de ley, las leyes orgánicas, las leyes de revisión constitucional, los tratados internacionales y los reglamentos parlamentarios. Mientras, desde el punto de vista subjetivo, los recursos pueden ser presentados por órganos constitucionales o por un cierto número de parlamentos.

En los recursos sucesivos de constitucionalidad, un rol particular es reservado a los grupos parlamentarios. Tal competencia pretende asegurar una garantía a las oposiciones políticas contra decisiones legislativas tomadas por la mayoría en contraste con las normas de la Constitución. Recursos sucesivos de constitucionalidad están previstos en España, en la República Federal de Alemania, en Austria, en Bélgica y en Italia.

En algunos sistemas está permitida la coexistencia tanto de un limitado recurso preventivo, como de un recurso sucesivo de constitucionalidad (Portugal, Sudáfrica).

Giancarlo Rolla

Juicio de responsabilidad

El vocablo “responsable” aparece recogido por primera vez en 1737 en el *Diccionario de autoridades*, descrito literalmente como: “adj. de una term. El que está obligado à responder, ò satisfacer por algun cargo”. La noción respon-

sabilidad deriva del verbo latino *respondere*, que significa responder. Denota la cualidad de aquel que reconoce y acepta las consecuencias de un hecho realizado libremente y es capaz de responder por sus compromisos.

El "juicio de responsabilidad" o "juicio político", las denominaciones más utilizadas en los diversos textos constitucionales, es un proceso materialmente jurisdiccional mediante el cual se sanciona a los servidores públicos, tanto de elección popular como de designación (directa e indirecta), por violaciones a la Constitución y a las leyes secundarias. El órgano que juzga puede ser o no formalmente jurisdiccional, pues algunos documentos supremos encomiendan esta atribución a los parlamentos, y en otros, a los tribunales; pero en todos los casos se exige como requisito de procedibilidad que la acusación provenga de la representación popular, debido al carácter representativo de los sujetos cuya conducta se cuestiona y a la sanción que se impone: la destitución y/o la inhabilitación en el servicio público de 1 a 20 años.

En el mundo antiguo se encuentran antecedentes de la institución desde el siglo XVIII a. C. en el Código de Hammurabi (Procedimiento, parágrafo 5), que menciona la posibilidad de inhabilitar jueces por actuar de forma ilícita. En época moderna, la referencia se sitúa en la Inglaterra del siglo XIV, pero es hasta el siglo XV cuando se consolida como mecanismo para frenar el abuso del poder, con el juicio seguido por el Parlamento contra Carlos I con motivo de los abusos en que incurrió, cuya sentencia ordenó su decapitación. Esta facultad del Parlamento, en la lucha contra el autoritarismo y la preservación de las libertades, se trae a las colonias inglesas en América como *impeachment*, donde hasta la fecha se reglamenta para que el Senado juzgue y destituya al presidente, vicepresidente y cualquier funcionario civil de la rama ejecutiva, culpable de traición a la patria, cohecho y otros delitos y faltas graves (art. II, sección 4).

A pesar de que la institución cayó en desuso en Inglaterra, debido a la vigencia del sistema parlamentario, que juzga la responsabilidad política del primer ministro y del gabinete mediante la censura, en otros países de sistema presidencial sigue manteniendo vigencia. A continuación se muestra un listado de carácter enunciativo que lo ejemplifica, así como los numerales de cada texto constitucional que lo regulan.

En Argentina bajo la denominación de "juicio político", el Senado juzga y destituye al presidente y otros servidores de la función ejecutiva (arts. 53, 59 y 60); en Brasil, la Cámara de Diputados autoriza y el Senado juzga al presidente, vicepresidente y ministros (arts. 51 y 52); en Chile, como "juicio de responsabilidad", el Senado juzga al presidente y demás miembros de la función ejecutiva, previa acusación de la Cámara de Diputados (arts. 49, 52 y 53); en Colombia, bajo la "moción de censura", el Senado juzga y destituye al presidente, y la Cámara de Representantes hace lo propio con los otros servidores de la función ejecutiva (arts. 135, 174 y 175); en Ecuador, con el "enjuiciamiento político", la Asamblea Nacional destituye al presidente y demás miembros de la función ejecutiva (arts. 129-131); en México, con el "juicio político", la Cámara de Diputados acusa y el Senado juzga a servidores de alta jerarquía de los tres poderes públicos, pero el presidente es irresponsable políticamente de sus actos (arts. 108-111); en Panamá, la Asamblea Legislativa

conoce y juzga de las acusaciones contra el presidente y los magistrados de la Corte Suprema (art. 154); en Venezuela, el procedimiento para sancionar al presidente es formal y materialmente político: la revocación popular de su mandato por la Asamblea Nacional (arts. 233 y 266).

En los países del continente europeo predominan los procedimientos formalmente jurisdiccionales. En Alemania, mediante la "moción de enjuiciamiento", el Tribunal Constitucional priva del cargo al presidente a petición de la Cámara (art. 61); en Austria, el Tribunal Constitucional conoce de las acusaciones de "responsabilidad constitucional" del presidente federal a pedido de la Asamblea (arts. 57, 63, 68 y 142); en España, la responsabilidad del presidente y de los demás miembros del gobierno se plantea ante el Tribunal Supremo a iniciativa del Congreso (art. 102); en Francia, se destituye al presidente mediante propuesta del Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia (art. 68), y en Italia, el presidente es acusado ante el Tribunal Constitucional por los miembros del Parlamento (arts. 90 y 134). En Asia, bajo la figura de "juicio político" en Japón se juzga la responsabilidad de los miembros de la función judicial, pues el primer ministro y demás servidores de la función ejecutiva se sujetan a la "moción de censura" de la Cámara de Representantes (arts. 69, 70, 78 y 90). En la India, el jefe de Estado se sujeta al *impeachment* y se remueve por el Parlamento (arts. 56, 61, 67 y 75). En Uganda, en el continente africano, la responsabilidad del presidente se analiza por jueces *ex profeso* y si estos determinan, *prima facie,* la procedencia de la remoción, esta la decreta el Parlamento (art. 107), y en Sudáfrica, constituida como República en 1996 que se completó el proceso de democratización e igualdad, si la Asamblea Nacional aprueba una moción de falta de confianza en el gabinete, que excluya al presidente, este debe reconstituirlo; pero si la moción es para él, entonces debe renunciar junto con todo el gabinete (arts. 52, 92 y 102).

Dentro del derecho procesal constitucional, el "juicio de responsabilidad" o "juicio político" se incorpora como una garantía constitucional de carácter instrumental que tiene como objetivo la defensa de la Constitución, al sancionar a los servidores públicos de alta jerarquía que defraudan la confianza que se puso en ellos y violentan sus disposiciones. Normativamente representa un mecanismo de limitación del ejercicio del poder de la función ejecutiva por la representación popular, que se deriva del principio de división de poderes para exigir responsabilidad al mandatario, y políticamente constituye un límite a la concentración del poder en manos del Ejecutivo.

La justificación del juicio parte de la premisa de que el Estado tiene a su cargo la realización de ciertos fines que requieren del desarrollo de actividades por medio de sus órganos. Estos actúan a través de personas físicas elegidas por diversos sistemas de representación, en quienes se deposita el alto honor de ser uno de sus mandatarios. Debido a ello, deben sujetar su actuación a las normas reguladoras que rigen la función pública en todo Estado constitucional de derecho. Y si bien el cargo conferido puede considerarse un privilegio, quien lo asume no puede desligarse del cúmulo de obligaciones y responsabilidades que conlleva, por ello queda obligado a rendir cuenta de sus actos y a responder por ellos.

Juicio de revisión constitucional electoral

I. Definición. Medio procesal de control constitucional en materia electoral a través del cual se verifica la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones definitivos de las autoridades competentes en las entidades federativas para organizar y calificar los comicios, que sean determinantes para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones.

II. Antecedentes. El juicio de revisión constitucional electoral (en lo subsecuente JRC) es creado mediante el decreto de reformas constitucionales de 22 de agosto de 1996, que se materializaría a nivel secundario con la expedición de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral del 22 de noviembre de ese mismo año. Es resultado de un proceso de negociación entre las fuerzas políticas nacionales, cuyo objetivo fue detener la creciente falta de credibilidad de las autoridades electorales locales en situaciones de alta competitividad electoral. En específico, por los conflictos post electorales de Tabasco, Yucatán y Huejotzingo, Puebla, entre otros.

III. Requisitos especiales de procedibilidad. El JRC tiene requisitos de procedibilidad generales (aplicables a todos los medios de impugnación en materia electoral) y especiales. Entre los primeros se encuentran los formales: presentar la demanda por escrito, hacer constar el nombre del autor, señalar el domicilio para oír notificaciones, identificar el acto o resolución combatido (o la omisión, en su caso), mencionar los hechos y agravios, ofrecer y aportar las pruebas, acreditar la personería de la parte actora (siempre un partido político, coalición o, en su caso, candidatos independientes) y, por supuesto, hacer constar el nombre y firma autógrafa del actor.

Para acreditar la personería de la parte actora, por regla general, se debe presentar ante el órgano jurisdiccional la copia certificada del registro de los representantes de los partidos políticos ante los órganos electorales administrativos, con los nombramientos de los dirigentes partidistas o con los documentos que acrediten que la persona cuenta con facultades estatutarias para representar al instituto político. La Sala Superior ha considerado que cuentan con personería los representantes de los partidos políticos registrados ante los órganos electorales materialmente jurisdiccionales, aunque estos no sean formalmente autoridades responsables ni sus actos sean impugnables directamente en el JRC. En el caso de que en una demanda aparezca una pluralidad de promoventes, es suficiente con que uno solo la acredite para tener por satisfecho el requisito. Asimismo, debe tenerse por acreditada la personería cuando conste en el expediente respectivo.

Entre los requisitos especiales del JRC se encuentran que los actos sean definitivos y firmes, es decir, no susceptibles de modificarse mediante ulterior recurso en la cadena impugnativa local. La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido que el JRC solo procede contra aquellos actos en los que no exista posibilidad alguna de revocación, nulidad o modificación, porque no existan medios ordinarios para conseguir la reparación constitucional. Sin embargo, la propia Sala Superior ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que estableció una causa de excepción a esta regla, la cual consiste en la vía *per saltum*, esto es, si el agotamiento

de los medios de impugnación ordinarios implican la merma o extinción del derecho de la parte actora, debe tenerse por cumplido el requisito. Si bien la Sala Superior ha ido matizando la procedencia *per saltum* en varios medios de impugnación, señalando que debe promoverse el medio local y después desistirse para promover ahora el medio de impugnación federal dentro del plazo de procedencia, este mecanismo resulta muy efectivo para reducir irregularidades, como en los casos en que los plazos son reducidos, la autoridad no se encuentre instalada, no existan reglas procesales o la actitud de la autoridad sea contraria a los principios de imparcialidad o independencia.

Respecto al requisito de procedibilidad de que se viole algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este debe entenderse de manera formal, es decir, que la demanda señala que se vulneró un precepto constitucional, con independencia de si, en el fondo, la violación constitucional se acredite.

En relación con la determinancia, el JRC resulta procedente solo en aquellos supuestos en que la violación resulte determinante para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones. El objetivo de este medio de impugnación es que solo lleguen al conocimiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aquellos casos de verdadera importancia, que tengan la posibilidad de cambiar o alterar el proceso electoral, es decir, que la infracción tenga la posibilidad racional de producir una alteración, como podría ser que uno de los contendientes tuviera una ventaja excesiva, o de producir una modificación del ganador. Se trata de un ejercicio hipotético, solo como mecanismo de análisis de procedencia, no que en realidad se encuentre acreditado, lo que corresponderá al fondo del asunto. Este requisito se ha ido ampliando de manera gradual, no solo para casos propiamente del proceso electoral, sino también por la imposición de sanciones fuera de este o el daño a la imagen de los partidos.

Finalmente, la reparación solicitada debe ser material y jurídicamente factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos. Nuevamente con una excepción, cuando de la fecha de la elección a la toma de protesta no existe el tiempo suficiente para el desahogo de la cadena impugnativa.

IV. El JRC ha sido uno de los medios de impugnación de mayor efectividad a nivel nacional. A partir del JRC, en el caso Tabasco, se generó la causal abstracta de nulidad de elección, en 2000, misma que sería eliminada del diseño constitucional mexicano con la reforma de 2007, pero cuyos principios prevalecen en la invalidez de la elección por violación a principios constitucionales (casos *Yurecuaro* SUP-JRC-604/2007, *Acapulco* SUP-JRC-165/2008, *Huazalingo* ST-JRC-34 y 36/2008, *Morelia* ST-JRC-117/2011, entre otros).

Santiago Nieto Castillo

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano

I. Definición. Medio de control de constitucionalidad, convencionalidad y legalidad en materia electoral del que conoce el Tribunal Electoral del Po-

der Judicial de la Federación (en lo subsecuente TEPJF) para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, de votar, ser votado, asociación y afiliación, integración de las autoridades electorales y cualquier derecho fundamental vinculado con los anteriores.

II. Desarrollo. El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (en lo subsecuente JDC) surge con la reforma constitucional de 22 de agosto de 1996 y legal de 22 de noviembre de 1996 con la expedición de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Surge para proteger a los ciudadanos de las decisiones de la autoridad administrativa electoral de inclusión o exclusión en los listados nominales de electores, registro de partidos políticos u organizaciones electorales y, principalmente, por la no expedición de la credencial para votar con fotografía. La jurisprudencia electoral ha sido particularmente garantista en la expansión de la protección de los derechos político-electorales a través de este medio de impugnación, abarcando hoy en día temas tan diversos como el control de convencionalidad (SUP-JDC-695/2007 o ST-JDC-463/2011 y acumulados), derechos de los pueblos y comunidades indígenas (SUP-JDC-11/2007) o cuotas de género (SUP-JDC-461/2009 o SUP-JDC-12641/2011).

III. Requisitos de la demanda. La demanda debe cubrir los requisitos formales: constar por escrito, ser presentada ante la autoridad responsable, constar el nombre y firma autógrafa del actor, domicilio para oír y recibir notificaciones, acompañar los documentos para acreditar la personería, precisar el acto reclamado, enunciar los hechos y agravios, señalar los preceptos violados, ofrecer y aportar las pruebas. Asimismo, deberá ser presentada ante la autoridad responsable (en caso de que la autoridad responsable se encuentre cerrada o no le reciban, acreditando dicha circunstancia, podrá presentarse ante el propio Tribunal Electoral) dentro de los cuatro días siguientes a que haya tenido conocimiento del acto o resolución impugnado. Debe presentarse cuando se hayan agotado todas las instancias legales y estatutarias a la mano de los ciudadanos para revocar o modificar el acto o resolución combatido. La excepción a estas últimas reglas es el *per saltum*. En los casos *per saltum*, cuando se encuentre en riesgo de merma o extinción del derecho, puede promoverse (una vez desistida la parte actora en el juicio primigenio) directamente a la instancia federal, para efectos de evitar que el daño sea irreparable. Asimismo, cuando se salta la instancia intrapartidaria, la demanda tiene que promoverse dentro del plazo que señale la norma intrapartidaria, que puede ser menor a los cuatro días. El JDC puede ser promovido por el ciudadano agraviado, por sí mismo y en forma individual, o a través de sus representantes legales. La legitimación procesal es un presupuesto que debe ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional.

IV. Partes. En materia electoral las partes procesales son las siguientes: el actor, que será quien estando legitimado presente el medio de impugnación por sí mismo o, en su caso, será quien haya sufrido la lesión en el ejercicio de sus derechos; la autoridad u órgano partidista responsable, que será quien haya realizado el acto o resolución que se impugna; el tercero interesado es

el ciudadano, partido político, coalición, candidato, organización política que tenga un interés incompatible con el actor.

V. Competencia. La reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007 y legal de 2008 estableció la competencia de las salas del Tribunal (la Sala Superior y las salas regionales) para conocer del JDC. La Sala Superior en los casos de violación a los derechos político-electorales del ciudadano, en los casos de presidente de la República, gobernadores o legisladores federales de representación proporcional, afiliación, así como por la negativa para registrarse como partido político o agrupación política. Por su parte, las salas regionales en los casos de votar (negativa de expedición de credencial, o inclusión o exclusión indebida de los listados nominales), derecho al voto pasivo (en los casos de candidatos a presidencias municipales, diputados locales, órganos auxiliares de los ayuntamientos y legisladores federales de mayoría relativa). Cabe señalar que al ser un medio en el que se ejerce de manera cotidiana el control de constitucionalidad y convencionalidad, las sentencias de las salas regionales pueden ser combatidas vía recurso de reconsideración ante la Sala Superior.

VI. Trámite y sustanciación. La demanda debe presentarse por escrito ante la autoridad responsable. Esta debe dar aviso de inmediato sobre la presentación de la demanda a la sala competente para conocer y hacer del conocimiento público mediante cédula que se fija en estrados durante 72 horas. Dentro de dicho plazo podrán comparecer los terceros interesados. Vencido el plazo anterior, dentro de las 24 horas siguientes, deberá remitir ante la sala competente para conocer el expediente respectivo (demanda, pruebas, acto reclamado, escritos de tercero e informe circunstanciado). La sustanciación es la manera de conducir procesalmente un juicio hasta ponerlo en estado de resolución. El presidente de la sala regional deberá turnar la demanda a uno de los magistrados que será el ponente. El magistrado ponente deberá revisar el expediente y, en su caso, requerir la información necesaria para resolver el asunto. En caso de que no se cumpla con los requisitos de procedibilidad, se presenta a consideración del Pleno el proyecto de resolución desechando la demanda. En caso de que sí se cumplan los requisitos de procedencia, se admitirá la demanda, se desahogarán las pruebas y se presentará a consideración del Pleno el proyecto de sentencia correspondiente. Los magistrados podrán votarlo por unanimidad o por mayoría. En caso de que la posición mayoritaria sea contraria al proyecto presentado por el magistrado, uno de los integrantes de la mayoría elaborará el engrose correspondiente, y la posición minoritaria podrá quedar como voto particular.

VII. Casos relevantes. El JDC ha sido uno de los instrumentos más importantes de protección de derechos políticos en México. En los casos que dieron origen a la jurisprudencia "JDC. Procede contra actos definitivos e irreparables de los partidos políticos", la Sala Superior amplió la interpretación sobre la procedencia del JDC para permitir el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos En el caso de acceso a la información (SUP-JDC-040/2004), la Sala Superior amplió la procedencia del JDC por violación a derechos fundamentales vinculados con los políticos. En otro caso, el derecho de un periodista de conocer los montos de los salarios de los pre-

sidentes de los partidos político en México. En el *Caso Monzón* se determinó que el derecho a ser votado es de base constitucional y de configuración legal, por lo que las candidaturas independientes podrían ser reguladas de conformidad con la decisión soberana de cada estado. En el SUP-JDC-713/2004 (*Caso Vigas de Ramírez*), respecto a la decisión del voto de candidatos no registrados (los votos habían sido considerados como nulos y había más votos nulos que los votos del primer partido político en la elección), la mayoría de la Sala Superior consideró que los votos de candidatos no registrados no podían ser considerados como válidos. La minoría, por el contrario, sostuvo que en atención al principio de soberanía popular, debían tomarse en consideración. En el SUP-JDC-695/2007, *Caso Hank*, se desaplicó una norma constitucional de Baja California por considerarla contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el ST-JDC-10/2008 se revocó la decisión de un tribunal electoral local de desechar una demanda por haber sido interpuesta el último día del plazo a las veintidós horas (el Tribunal alegó que sus horas hábiles concluían a las veinte horas), ejerciendo control de convencionalidad para permitir un mejor acceso a la justicia. En el SUP-JDC-11/2007 se ordenó al Congreso local y al Instituto Electoral de Oaxaca a efectuar elecciones en un municipio indígena que no había tenido elecciones desde 2002. En el *Caso Cherán*, la Sala Superior consideró que debía consultarse a la comunidad purépecha si quería desarrollar elecciones por partidos o por el sistema normativo interno indígena. En los expedientes SUP-JDC-461/2008, ST-JDC-295/2008, SUP-JDC-12464/2011 se protegieron los derechos de las mujeres. En el ST-JDC-463/2011 y acumulados se declaró la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de una disposición que impedía a los partidos de oposición incorporar a un tercer regidor de representación proporcional en Michoacán.

Santiago Nieto Castillo

Juicio político

El juicio político es el término utilizado comúnmente para designar el procedimiento para fincar responsabilidad política u oficial a un servidor. Puede afirmarse al respecto que el juicio político es el conjunto de actos procesales previstos en la ley, que tiene como finalidad la aplicación de sanciones específicas atribuidas a conductas determinadas, es decir, es el vínculo procesal para la aplicación de la norma sustantiva en materia de responsabilidad política.

La existencia del juicio político está estrechamente relacionada con el cumplimiento de las labores correspondientes al servicio público, lo cual puede exigirse en regímenes distintos al republicano. Ejemplo de ello sería que en México, entre las leyes vigentes en la época colonial, existió el juicio de residencia, procedimiento de responsabilidad al que estaban sujetos los altos funcionarios de la Monarquía, incluidos los propios virreyes y gobernadores. Este juicio de residencia tenía como propósito principal el de determinar, previa investigación pormenorizada, si los servidores habían obrado bien o mal durante el tiempo de su servicio. El juicio de residencia se realizaba luego de la terminación del cargo del funcionario público, y se tramitaba mediante

tribunales especiales establecidos para conocer de ese solo juicio, otorgando acción a cualquier gobernado que considerara que el funcionario lo había perjudicado en ejercicio de la función que tenía encomendada.

En México, entre los constituyentes de 1856-1857, predominó la idea de que el juicio político es el juicio de la opinión, de la conciencia pública y de la confianza, porque existen funcionarios que sin haber cometido hechos delictivos, propiamente dicho, pierden la confianza pública constituyéndose en un estorbo para las mejoras y progresos de la colectividad, cumpliendo el juicio político la tarea de facilitar el medio para destituir al funcionario cuando ya no merece la confianza pública. Este último concepto (confianza pública) está íntimamente ligado con el concepto de Alexander Hamilton respecto del juicio político en Estados Unidos de América, quien hace mención de este procedimiento refiriendo: "el objeto de esta jurisdicción (del juicio político) son aquellas ofensas que proceden del mal comportamiento de los hombres públicos o, en otras palabras, del abuso o violación a la confianza pública depositada en ellos. Estas ofensas son de una naturaleza que puede ser definida, con cierta propiedad, como política porque se refieren principalmente a daños infringidos directamente a la sociedad misma". No resulta obvia la referencia que hace Hamilton al poder absoluto del monarca, pero debe tenerse presente que la tradición inglesa había construido a lo largo de los siglos la idea del control de los excesos del rey o reina en turno, así como de sus colaboradores o allegados. Los legisladores reunidos en Filadelfia aprobarían una Constitución, el 17 de septiembre de 1787, que hacía eco de dicha preocupación.

Esta relación con la confianza pública permite advertir otro elemento característico del juicio político: su materia jurídica está constituida por la responsabilidad política de los servidores públicos, quedando al margen que la conducta u omisión pueda ser materia de otro tipo de procedimientos, por ejemplo, administrativos, civiles o penales.

En su configuración tradicional, en México, el juicio político es una facultad del Congreso de la Unión para resolver los casos en que ciertos funcionarios de alto nivel son acusados de haber incurrido en el desempeño de sus labores, en actos u omisiones que hayan redundado en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o de su buen despacho, y que por tanto, contravengan a la Constitución federal.

De acuerdo con el marco constitucional mexicano, los servidores públicos podrán ser responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pudiendo cualquier ciudadano presentar denuncia. Dada la naturaleza dual del Congreso mexicano, la Cámara de Diputados tendrá la función de ser órgano fiscal o de acusación y la Cámara de Senadores será jurado u órgano resolutor.

Este mecanismo de control es el único instrumento que posee el Poder Legislativo para hacer prevalecer la Constitución contra actos que la contravienen. A través de este, el Legislativo cuenta con un procedimiento de naturaleza cuasi-jurisdiccional para fincar responsabilidad política a un servidor público que ha infringido la Constitución. No debe obviarse que la naturaleza jurisdiccional reside en un juez de naturaleza política que juzga las faltas de

orden público de ciertos servidores públicos. Así, el juicio político tiene la intención de sancionar políticamente a los funcionarios públicos sobre sus faltas, y cobra gran interés el análisis desde su dimensión de control constitucional, dado que su materia está referida al análisis de las violaciones a los derechos humanos, a la división de poderes y a la forma de gobierno, plasmadas y protegidas por la propia Constitución.

En México, los arts. 108, 110 y 120 de la Constitución señalan que los gobernadores de los estados, los diputados locales y magistrados son responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo de fondos federales; estas causales específicas resultan más concretas a la genérica causal de la frac. I del art. 109 constitucional, respecto de los demás funcionarios federales: "…en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho", o bien, del aún más ambiguo de Hamilton, de "violación a la confianza pública".

El elemento referente a la responsabilidad varía entre los funcionarios que pueden ser sujetos a juicio político, toda vez que el presidente de la República no es sujeto a este procedimiento durante su encargo y únicamente puede ser declarado responsable penalmente por traición a la patria y delitos graves del orden común. Al respecto, no es claro si el presidente puede ser sujeto a la justicia militar, en su calidad de comandante en jefe de las fuerzas armadas, toda vez que dicho ordenamiento contempla penas más severas para el delito de traición a la patria.

Sin embargo, los funcionarios federales distintos al presidente son responsables, aunque las causales no están claramente delimitadas, pues únicamente cubre, como se mencionó, actos u omisiones que afecten los intereses públicos fundamentales o su buen despacho, sin extenderse a situaciones o criterios como el contemplado por la jurisprudencia norteamericana que se refiere a la "confianza pública", que contempla hasta la esfera privada del servidor público, extendiéndose a hábitos, costumbres o preferencias.

Es también de importancia mencionar que la Constitución contempla que la expresión de ideas relacionadas con el cumplimiento de las funciones del encargo no es procedente para entablar juicio político a un servidor público. Por ello, la libre manifestación de ideas en el desempeño de funciones públicas, tanto de ministros, magistrados o jueces del Poder Judicial de la Federación, etcétera, se podría equiparar a la inmunidad parlamentaria de los legisladores.

La resolución en un juicio político es inatacable, como lo establece el art. 110 de la Constitución mexicana, lo anterior quizá sea en razón de la jurisprudencia de la Corte durante la Quinta Época, en la que negó competencia al Poder Judicial para intervenir en la resolución de un juicio político.

En los modelos de jurisdicción política contemporáneos se advierten ya ciertos cambios. Algunas entidades federativas mexicanas han establecido esquemas donde la acusación corresponde al órgano legislativo y la resolución del juicio político queda a cargo de un órgano judicial, como lo son los tribunales superiores de justicia en cada caso. Este diseño mejora la confianza en

el régimen de responsabilidades, pero deja también algunas dudas, especialmente desde la perspectiva de la independencia judicial de dichos órganos judiciales.

Manuel González Oropeza

Juicio sumarísimo de amparo

En la época virreinal, a partir del interdicto de amparo, que fijaba una forma clara y rápida de proceder para la defensa incontestable de la posesión, de un modo expeditivo y eficaz, se fue desarrollando en el seno de la Real Audiencia y Chancillería de México —tribunal superior de justicia novohispana— una nueva modalidad de amparo que se apartada de la anterior en una cuestión de técnica jurídica: se trataba ya de un juicio, de un proceso, y no simplemente de un interdicto (en la etapa novohispana los tribunales superiores tenían una atribución *quasi* legislativa, a través de los "autos acordados"). Ello suponía la existencia de ciertas garantías y actuaciones de las partes que no se daban con el anterior mecanismo, tales como la contradicción de propuestas de ambas partes, la existencia de demanda y de contestación, la propuesta y realización de materiales probatorios, los alegatos y la sentencia final con efectos restringidos, pues se trataba de un proceso sumario.

Como consecuencia de ese estilo o práctica procesal propia, gestada en dicha Real Audiencia de México, lo lógico era la evolución del antiguo interdicto hacia formas más complejas de protección; es decir, que rebasasen la simple consideración de interdicto y se sumasen al selecto grupo de los juicios sumarios. El paso se hará en una fecha concreta, que es considerada tradicionalmente como la fecha de nacimiento del juicio sumarísimo de amparo: del 7 de enero de 1744, en que se expidió el Auto Acordado por parte de la Real Audiencia y Chancillería de México, que se dio vida jurídica a dicho juicio sumarísimo (Beleña, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*).

De dicho texto se pueden extraer los siguientes elementos identificadores de la institución: el juicio sumarísimo podía ser empleado por cualquier persona —español, mestizo o indígena— con la finalidad de ser restituidos en la posesión de "tierras, aguas u otras cosas"; el demandante debería plantear la demanda en forma pormenorizada, indicando "aquello de lo que se quejan despojados, y piden la restitución", con señalamiento precisamente de los límites materiales del objeto del que han sido desposeídos y la persona o personas que hubieran realizado las actividades perturbadoras, así como los terceros que pudieran resultar afectados: "Como también las personas que dicen los despojaron y demás colindantes"; en todo caso, el juicio es de tipo sumario, frente a las anteriores prácticas caracterizadas por ser "incitativas", es decir, simplemente interdictos.

Iniciado el procedimiento, se daba traslado a la otra parte y comenzaba la fase contradictoria, que no existía lógicamente en el interdicto de amparo. Hay un auténtico contraste de las alegaciones y opiniones de los sujetos interesados; una real defensa procesal: "Con cuya previa judicial citación y señalamiento de prefijo competente término justifiquen el despojo y posesión

que tenían al tiempo y quando se les causó, y si el despojante ó colindantes quisieren con nueva igual citación dar justificación en contrario, se le admitirán los Justicias del Partido, y demás á quienes se cometieren dichas Reales Provisiones de despojo".

A la vista de todo lo expuesto, el justicia de partido (no necesariamente la Real Audiencia), o sea, el juez de primera instancia, expediría la correspondiente real provisión resolutoria del conflicto planteado, con arreglo a justicia (no a derecho) y con la necesaria asistencia de un asesor letrado para la resolución de las dudas que se pudiesen plantear: "Y luego con vista de todo determinarán y executarán sobre ello sumariamente lo que tuvieron por mas conforme á justicia, consultando las dudas con Asesor Letrado", ya que en esa época los jueces no tenían que ser necesariamente profesionales del derecho.

Este auto acordado prácticamente fue reproducido en sus líneas magistrales por otro auto de la misma Real Audiencia, fechado el 7 de junio de 1762, asimismo recogido por el mismo Beleña, que sanciona idénticas medidas de protección a las ya expuestas.

De ahí tenemos que trasladarnos al siglo XIX, a las Cortes de Cádiz, y analizar concretamente el Decreto CCI, del 9 de octubre de 1812, que llevaba por título Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia. En dicho cuerpo legal se consignaba la protección especial dispensada por medio de un amparo recogido en el capítulo II, art. I, párrafo XII. También se rechazaban anteriores recursos de raigambre hispánica, como es el caso del ya mencionado auto ordinario de la Real Audiencia de Galicia o las firmas del derecho aragonés, para adoptar otra modalidad de protección mediante un juicio sumarísimo, denominado también de amparo, de inspiración novohispana.

El precedente era claramente ese conjunto de actuaciones que se había generado en la Audiencia de México, mas el legislador gaditano introdujo una serie de novedades sustanciales que hacía a esta figura similar, en parte, a su precedente novohispano. Primeramente, debe destacarse la universalidad de la protección que se extiende a la posesión de toda clase de bienes, tanto los profanos como los espirituales. Frente a posibles exenciones procedentes de los fueros privilegiados (entre los cuales destacan el militar y el eclesiástico), la solución gaditana se manifiesta extensiva, general, global, puesto que trasmite esa modalidad de protección a toda suerte de bienes con independencia de su calificación o de su calidad. Pero esa universalidad se proclama, asimismo, cuando se trata de precisar quiénes son los sujetos contra los que se puede iniciar este procedimiento: de nuevo aflora esa visión general, puesto que tampoco es factible la aparición de exenciones de tipo procesal por razón del fuero. Sea el perturbador eclesiástico, lego o incluso militar, el juicio sumarísimo es posible contra toda clase de personas. Por lo demás, aquel seguía conservando su carácter procesal estricto (no era, pues, un interdicto) y su naturaleza sumarísima, que lo hacía inútil para ventilar cuestiones como la titularidad del derecho de posesión o del de propiedad.

La gran novedad fue la extensión de esta figura a la totalidad de los territorios y audiencias de la monarquía española, lo que no se había producido con anterioridad al quedar circunscrito a un solo territorio virreinal de la

América hispana. El juicio sumarísimo de amparo se convirtió así en el remedio procesal general para la defensa de la posesión, sin perjuicio de posibles acciones ejercitadas con posterioridad para dilucidar perfectamente los derechos de posesión, los derechos reales y los propiamente dominicales, objeto del debate procesal. Tuvo una gran utilización los primeros cincuenta años de vida independiente en nuestra patria, como lo demuestra la doctrina procesal de la época, y fue abandonado cuando se creó el juicio constitucional de amparo, precisamente para que no hubiese confusiones.

José Luis Soberanes Fernández

Juntas de conciliación y arbitraje

Conciliación deriva de *conciliatio,* que significa congregar y de ahí conciliar. Conciliar es una autocomposición por la cual las partes de un conflicto resuelven sus diferencias mediante un acuerdo satisfactorio para ambas partes. La conciliación se ha tratado como preliminar a la resolución de conflictos sometidos al arbitraje y en materia laboral se privilegia principalmente por la celeridad en las resoluciones. El arbitraje viene del latín *arbiter,* juez perito; es una heterocomposición porque se da solución a un conflicto a través de un tercero neutral, imparcial, sin investidura judicial; el árbitro puede ser designado de común acuerdo por las partes y su resolución tiene carácter obligatorio. Tanto la conciliación como el arbitraje son formas de resolver las diferencias y los conflictos laborales; en el derecho mexicano estas funciones se realizan por las juntas de conciliación y arbitraje (JCA), órganos especializados para impartir justicia laboral. Su primer antecedente en México se localiza en un proyecto de ley de 1913 para reformar dos arts. del Código de Comercio (la relación de trabajo se consideraba un contrato mercantil) en que se proponía la creación de unas juntas de integración paritaria para resolver los problemas entre trabajadores y patrones, proyecto que no prosperó. Un año más tarde, en 1914, en Veracruz se crearon las juntas administrativas civiles para oír los conflictos entre patrones y trabajadores; en 1915 se propuso la creación de las juntas de avenencia también de composición paritaria y ese mismo año se creó el Consejo de Conciliación y el Comité de Arbitraje en Yucatán. Posteriormente se expidió la Ley de Trabajo y se crearon las juntas de conciliación y el Tribunal de Arbitraje, competentes para aplicar dicha ley y resolver los conflictos de manera expedita. En Jalisco, en 1916 se instituyeron las juntas municipales, mineras, agrícolas e industriales. Promulgada la Constitución de 1917, que inicia el constitucionalismo social, se expide la Ley del Trabajo de Veracruz de 1918 que creó las juntas municipales de conciliación y la Junta Central de Conciliación y Arbitraje para resolver todos los conflictos entre patrones y trabajadores, establecidas en Yucatán con autoridad para hacer cumplir sus determinaciones y ejecutar sus sentencias. Estas dos leyes tuvieron importante influencia en la reglamentación de las JCA. En todos los casos la integración era paritaria con representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno. Como antecedentes de derecho extranjero para la creación de las juntas están las legislaciones de Inglaterra, Alemania, Francia y Bélgica, de Estados Unidos y Nueva Zelanda, aunque señala el doctor Fix-Zamudio que

los constituyentes no tenían idea de los órganos paritarios que establecieron, y el doctor Mario de la Cueva dice que no se tenía conocimiento suficiente del derecho extranjero. Con fundamento en el art. 123, frac. XX, los estados empiezan a crear las juntas de conciliación y arbitraje (JCA), sustituyendo a los distintos tribunales que funcionaban en ellos; en el Distrito Federal se creó en diciembre de 1917 y en 1927 la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA). Desde entonces y a la fecha, su funcionamiento y su naturaleza jurídica, su autoridad como tribunales y su autonomía misma han sido cuestionados; incluso se les llegó a considerar como tribunales especiales y por lo tanto contrarios al art. 13 de la Constitución. Un estudio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 2, enero 2008) sobre las JCA resume los criterios de las ejecutorias emitidas en esa época que rechazaba su carácter de tribunales, pero las reconocía como autoridades contra las que procedía el amparo; que el arbitraje operaba solo para conflictos colectivos (de naturaleza económica) y que por tratarse de arbitraje público su validez solo obligaba a las partes cuando estas lo aceptaban, ya que las juntas no podían imponer sus determinaciones, mismas que debían homologarse judicialmente. Estas consideraciones dejaban claro que las JCA no eran tribunales; sin embargo, en 1924 dos importantes ejecutorias de *La Corona S. A. y de la Compañía de Tranvías y Luz y Fuerza de Puebla S. A.* fueron el parteaguas, al reconocerlas la SCJN como autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales y como tribunales competentes para resolver tanto conflictos individuales como colectivos con autoridad para imponer sus resoluciones. El doctor Mario de la Cueva las consideró tribunales de equidad; por el contrario, el doctor Jorge Carpizo, en un estudio sobre el tema, apreció que no son tribunales de equidad, que razonan su fallo, que no son transitorios ni sustituyen al legislador y al mismo tiempo les reconoció naturaleza *sui generis*, lo cual es razonable en virtud de que la naturaleza misma del derecho del trabajo es *sui generis.*

De acuerdo con la frac. XX del art. 123, la formación de la JCA es tripartita y paritaria, y es la primera Ley Federal del Trabajo de 1931 (LFT) la que establece la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA), las juntas centrales de conciliación y arbitraje en cada estado (juntas locales en la LFT de 1970), así como las juntas de municipales y federales de conciliación, desaparecidas en la reforma a la LFT de 30 de noviembre de 2012. La LFT de 1931 recogió la reglamentación de 1926 que posteriormente se incorporó a la segunda LFT de 1970. La competencia de las JCA y la JFCA se amplió para conocer y resolver los conflictos que se susciten entre trabajadores y patrones (empleadores), entre los trabajadores mismos o entre los patrones, que se deriven de las relaciones de trabajo o hechos relacionados con las mismas; se detalla su integración y la designación de los representantes: uno del gobierno, que las preside, y de los trabajadores y los empleadores (patrones), designados por ramas de industria y otras actividades de acuerdo con la clasificación y convocatoria que emita la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS). En la JFCA debe haber un secretario general más los secretarios auxiliares que sean necesarios y el personal jurídico que se designe de acuerdo con su Reglamento Interior; conoce de los asuntos que corresponden a la jurisdicción

constitucional de acuerdo con lo dispuesto en la frac. XXXI del mismo art. 123; funciona con el auxilio de juntas especiales que en el Distrito Federal se establecen por ramas de actividad y de industria en tanto que en otras ciudades de la República se establecen de acuerdo a la jurisdicción territorial que se les asigne por el titular de la STPS, las cuales conocen de todas las materias en el orden federal. Este órgano jurisdiccional funciona en Pleno o por juntas especiales. Las juntas locales de conciliación y arbitraje funcionan en cada una de las entidades federativas con composición y funcionamiento similares a la de la JFCA. El gobernador del estado y el jefe del Distrito Federal, igualmente, pueden crear juntas especiales de acuerdo con las necesidades del capital y del trabajo a las que le fijan su residencia y competencia territorial. Conforme al art. 123 constitucional, frac. XXXI, la aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los estados, en sus respectivas jurisdicciones y se dejan para la competencia exclusiva de las autoridades federales, asuntos en distintas materias así como en las empresas de administración federal, en conflictos que afecten a dos o más entidades federativas y contratos colectivos obligatorios para más de una entidad federativa; en organismos descentralizados, obligaciones patronales en materia educativa, de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo. La JFCA y las JCA son depositarias de los contratos colectivos, y a las últimas les corresponde la función del registro de los sindicatos. Su ejercicio como tribunales de derecho queda fuera de duda y su dependencia del Poder Ejecutivo en el orden administrativo no impide su funcionamiento como órganos autónomos. Una discusión permanente en el foro jurídico versa sobre la sustitución de las JCA por juzgados unipersonales que formen parte del Poder Judicial.

Patricia Kurczyn Villalobos

Jurisdicción constitucional

El vocablo "jurisdicción constitucional" está compuesto de dos voces claramente diferenciadas y que tienen larga data. La "jurisdicción" es un atributo del Estado para decir el derecho, es decir, declararlo, aplicarlo y hacerlo efectivo, referido generalmente a conflictos, diferencias o acciones que buscan la paz social. Así entendida lo ha sido desde Roma, si bien es relativamente nuevo el hecho de que ella esté atribuida o entregada a un cuerpo o ente judicial. Por otro lado, lo "constitucional" también es nuevo, pues las primeras Constituciones se dan a fines del siglo XVIII con la llamada revolución atlántica y que aparece en dos documentos célebres: la Constitución de los Estados Unidos de 1789, precedida por la declaración de independencia de 1776, y la Constitución francesa de 1791, que siguió a la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero la conjunción de ambas voces solo ocurre después, cuando Europa adopta el modelo jurídico de Constitución y deja de lado el modelo político que lo acompañó en todo el siglo XIX. Aparece así el concepto de "jurisdicción constitucional" primero en Francia y de uso extendido —si bien por poco tiempo— y luego en el mundo germano, por iniciativa y gestión de Kelsen. En efecto, la Quinta Conferencia Alemana de

Profesores de Derecho Público, que se lleva a cabo en Viena del 23 al 25 de abril de 1928, está dedicada a la "jurisdicción estatal" y es ahí donde Kelsen presenta una larga como meditada ponencia sobre el tema que, curiosamente, no tiene título alguno. Pero el tema central de Kelsen va a ser doble: *a*) por un lado llamar la atención de que lo que está en juego es la "jurisdicción constitucional", o sea, la defensa jurídica de la Constitución, y *b*) que para ello lo mejor, vistas las circunstancias de la época, es un órgano *ad hoc* que es un Tribunal Constitucional, del cual el más notable que existía en ese momento era el austriaco, del que era juez y relator en aquel momento y al cual había contribuido a crear. Este texto de 1928 es, sin lugar a dudas, un clásico que habrá de tener larga influencia, pero no en la versión alemana, que se publica en 1929, sino en la versión francesa que, traducida por su discípulo Charles Eisenmann, se publicará en 1928, arreglada y con título específico: "La garantía jurisdiccional de la Constitución". En su traducción, si bien fidedigna, Eisenmann se tomó, sin embargo, algunas licencias: Kelsen usó en la versión alemana el concepto "jurisdicción constitucional" y Eisenmann, seguramente sin entender mayormente la diferencia, utilizó indistintamente dos vocablos: jurisdicción constitucional y justicia constitucional como si fueran sinónimos. Aquí, pues, se introdujo la primera distorsión, explicable en el contexto francés, en donde se hablaba de administración de justicia, justicia civil y otras por el estilo.

Ahora bien, Kelsen, sin lugar a dudas, dio un paso audaz y renovador y puso las bases de una futura disciplina que él no alcanzó a diseñar. Así, el concepto de jurisdicción constitucional se sigue usando, pero por influencia de la versión francesa se empleó también lo de "justicia constitucional", como algo equivalente. Curiosamente, ambas se usaron indistintamente hasta que a mediados de la década del sesenta del siglo pasado, empezó a predominar el de "justicia constitucional", sobre todo en Francia, Italia y España, no así en los países germanos. Por muy explicables motivos, esta cuestión pasó a la América Latina, en donde se usaban ambas y también las de "control constitucional", "defensa de la Constitución" y otras parecidas.

Lo que pasó luego es curioso. Un joven, pero promisorio profesor de derecho procesal, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, conocedor de las grandes corrientes del procesalismo científico, sobre todo el desarrollado en Alemania e Italia —Francia andaba muy atrasada en esto— pergeñó, si bien en forma algo dubitativa, la existencia de una justicia política, justicia constitucional y también de una nueva disciplina llamada "derecho procesal constitucional". Así lo expuso en su Programa del Curso de Derecho Procesal de 1933, que dictaba en la vieja Universidad de Santiago de Compostela. Más tarde, con motivo de su largo exilio, lo terminó de fijar y precisar en publicaciones hechas en Buenos Aires, durante 1944-1945. Lo reiteró en México en 1947, a donde viajó para enseñar en la UNAM y en donde permaneció más de 30 años. El tema, sin embargo, no le atrajo del todo, pues no lo vuelve a tocar sino muy esporádicamente, dedicándose más bien a difundir la nueva ciencia del proceso en un medio académico como el mexicano, que lo desconocía.

Fue uno de los discípulos de Alcalá-Zamora y Castillo el que recogió la posta: Héctor Fix-Zamudio, quien dedicó al tema su tesis de licenciatura, *La*

garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana, que publica en 1955, en muy corto tiraje, y la defiende en 1956. Su difusión se hará en forma parcial hasta que lo recoge íntegramente en un libro que publica en 1964 junto con sus otros ensayos de la época: *Juicio de amparo*. A partir de ahí es que se da la consolidación científica del "derecho procesal constitucional" que, como es obvio, envuelve o desarrolla la jurisdicción constitucional, al igual que el derecho procesal civil desarrolla e incluye la jurisdicción civil.

Hoy en día, por lo menos en el Occidente europeo —salvo excepciones— y en nuestra América Latina, es pacífico el uso de estos términos, si bien en Europa hay la tendencia —no definitiva— de emplear el de "justicia constitucional". En América Latina, hay preferencia por el uso de "jurisdicción constitucional", con tendencia a englobarlo en una disciplina que pertenece al derecho público y además de carácter procesal: derecho procesal constitucional. Si bien la parte teórica y de fundamentos no anda del todo clara ni es pacífica.

En el caso de Italia, la "justicia constitucional" se enseña en las universidades con ese nombre e incluso hay doctorados y una gran cantidad de manuales. Por tal se entiende lo que hace la Corte Constitucional italiana y nada más.

La jurisdicción constitucional nació en un momento para proteger la pirámide jurídica, o sea, la jerarquía normativa, pero luego se amplió a los derechos fundamentales, dependiendo esto también del modelo o sistema que cada país ha creado o adoptado. También esto tiende a ser supranacional, pero entiendo que cuando trasciende las fronteras del país, estamos ya en un derecho distinto, como es el derecho internacional, que puede ser sustantivo o instrumental (procesal). En nuestro caso, son conocidos, tratándose de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, con sede en San José, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Existe otro tipo de tribunales supranacionales que afectan o protegen otro tipo de derechos e indirectamente la jerarquía normativa.

En los Estados Unidos, el modelo emblemático en esta materia desde el célebre caso *Marbury* vs. *Madison* de 1803, la ruta ha sido diferente. El planteo doctrinario que existe en esa célebre sentencia, y que todavía sigue siendo de enorme interés, está tomado en parte de la tradición constitucional inglesa interrumpida parcialmente a partir de Lord Coke, y en el ejemplo de algunas colonias. Pero en los Estados Unidos lo que se hizo no fue crear un órgano *ad hoc* ni una temática especial que desembocase en una disciplina, sino la mera aplicación del principio de supremacía constitucional, que por actos reiterados, daba lugar a un cuerpo de doctrina sólida, que constituía una prerrogativa judicial llamada "judicial review", y que era una técnica de control más que un proceso, y que se ejercía en cualquier caso o controversia. No existe, pues, en los Estados Unidos nada parecido a una disciplina o temática que pudiera llamarse jurisdicción o justicia constitucional, pues son términos ajenos a su tradición y a su uso. En el caso concreto de "jurisdicción", si bien con orígenes romanistas, tiene en el ámbito sajón un sentido muy laxo que se aplica a todo poder que ejerce cualquier autoridad, incluso policial, y no necesariamente judicial. De lo que se concluye que en los Estados Unidos, existen medios y figuras procesales para defender adecuadamente los dere-

chos humanos y a la supremacía constitucional, pero ello se hace de manera diferente e indistinta en el Poder Judicial. Los Estados Unidos constituyen un modelo especial y diferente, fruto de su propia historia jurídica y de la familia del *common law* a la cual pertenece. No obstante, ha recibido influencias de fuera y, a su vez, ha influenciado en los sistemas romanistas.

En síntesis, y para solo referirnos a Occidente, tenemos mecanismos e instrumentos de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, pero solo en el área romanista ha sido objeto de atención especial, independiente y con pretensiones de autonomía.

Domingo García Belaunde

Jurisdicción constitucional (clasificaciones)

Las claves de lectura propuestas hasta ahora son sustancialmente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos con base en el carácter jurisdiccional del órgano que promueve y en la fase del control, se ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que hace uso de un criterio fundamental para la identificación de los elementos determinantes conforme a la naturaleza concentrada o difusa del modelo, a las modalidades de acceso y a la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento. Por otra parte, algunos han subvertido dicho esquema para la identificación de los elementos que son determinantes, asumiendo diferentes criterios para construir clases.

El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base, por ejemplo, de la primera y decisiva dicotomía identificada por Cappelletti, pero se encuentra también difusamente en otros autores, como en N. Sagüés, en C. Blanco de Morais y en muchos estudiosos franceses (Favoreu, Fromont, Russeau, entre otros).

La estructura del órgano, en cada caso, se señala *siempre* como un elemento esencial de la clasificación, no solo para distinguir los sistemas "políticos" de los "jurisdiccionales", sino sobre todo para marcar la gran división entre sistemas difusos y concentrados, presentes en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos (por ejemplo, H. Nogueira Alcalá), aunque no pocos señalan cómo las progresivas hibridaciones tienden a disminuir su importancia a efectos de clasificación (por ejemplo, F. Fernández Segado, E. McWhinney). Divisiones más sofisticadas se apoyan en la jurisdicción territorial del órgano de control constitucional, a veces internacional, transnacional, nacional (N. Sagüés) o federal/estatal. Además, el análisis estructural del órgano de control de la ley induce a alguno, como Brewer Carias, a enfatizar como un factor clasificatorio el origen judicial o no del mismo, o bien la influencia parlamentaria en el nombramiento de los jueces (N. Sagüés, A. von Brünneck, L. Favoreu).

La fase temporal del control —considerada determinante para fines clasificatorios por buena parte de la doctrina francesa, pero también por estudiosos de diversos países— generalmente se pone de relieve junto con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones o su carácter abstracto o concreto.

Casi siempre se indica como elemento imprescindible de las clasificaciones la forma de acceso a las cortes o tribunales. Mientras que en las reconstrucciones tradicionales se pone énfasis sobre el instrumento procesal (recurso o incidente), en otras se toma en cuenta la calidad de los actores: a veces las minorías parlamentarias, ciudadanos o jueces (P. Pasquino).

La naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones representa un pilar de las clasificaciones de Calamandrei y después de Cappelletti (junto con la estructura concentrada o difusa y con la modalidad de acceso); así como otros aspectos de las decisiones —efectos vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*— son valorados para proponer ulteriores distinciones (Brewer Carías, Sagüés, Nogueira Alcalá), también en relación con el rol positivo (normativo) o negativo de los pronunciamientos y en general de la actividad de las cortes en el sistema (N. Sagüés, A. Pizzorusso).

Dichos elementos determinantes recurrentes no son ignorados por quien identifica los pilares de las clasificaciones en factores más amplios y los utiliza para subdividir los modelos según el tipo de concreción o abstracción de los diversos sistemas (A. Pizzorusso). A soluciones no diferentes —aunque por caminos completamente diversos— llega también quien, como F. Fernández Segado, asume como elemento diferencial la naturaleza de la función ejercitada, de modo que el control se efectúa de manera diferente en atención a si se realiza sobre la ley o en la aplicación de la ley.

Por el contrario, quien propone de manera incisiva abandonar los elementos determinantes tradicionales para clasificar, y centrarse precisamente en la función, es F. Rubio Llorente, quien divide los sistemas según si (concretamente) tutelan las libertades o (abstractamente) la ley. Otros autores, como Weber, toman como análisis el objeto del control por considerarlo relevante para la clasificación, distinguiendo según si las cortes tutelan la ley, los derechos o las competencias de órganos y entes territoriales. Respecto a la clasificación de los modelos incidentales, Silvia Bagni ha sugerido considerar la capacidad de la corte o tribunal para incidir directamente en los conflictos de las partes mediante los efectos de la decisión.

El relieve dado por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente de acuerdo con la función de algunas variables, en particular del grado de simplificación/complicación de la clasificación. Con la intención de simplificar las clasificaciones hay quienes eligen elementos determinantes "macro", como en los casos anteriormente señalados (concreción, abstracción, etcétera), aunque acompañados a veces por subdivisiones, y quienes, por el contrario, se basan en elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección, elemento procesal de acceso, eficacia del pronunciamiento, bien tutelado, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), dándoles un mayor o menor peso.

Ciertos elementos no son considerados esenciales para algunos estudiosos (por ejemplo, Cappelletti no considera el bien tutelado); no siempre es evidente cuál de los elementos analizados puede ser considerado determinante y cuál fungible o accesorio.

Las clasificaciones tradicionales, que se desarrollan a partir de pocas experiencias históricas, están muy presentes en la yuxtaposición del mode-

lo americano sobre el austriaco (a los que se agrega el francés). Hoy, hacer referencia a la teoría tradicional de los modelos parece contraproducente, y la reciente doctrina somete a críticas radicales este criterio clasificatorio, así como aquellos que enfatizan la derivación de los modelos de experiencias híbridas: un ensayo de G. Tusseau, cuyo título en la versión francesa significativamente se denomina *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos —el estadounidense y el de Kelsen— porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, evidenciando caracteres propios bajo todo punto de vista que pueda ser considerado: del perfil subjetivo (control difuso *vs*. control concentrado) al modo (tipos de acceso); de los efectos (tipo de eficacia) a las funciones (el bien protegido), entre otros.

Teniendo en consideración que gran parte de los ordenamientos utilizan *más* modalidades para controlar las leyes, parece conveniente realizar, en caso de que sea necesario, *más* clasificaciones, basadas sobre elementos determinantes diversos. Por ejemplo, H. Nogueira Alcalá basa su clasificación en siete elementos: el órgano que lleva a cabo el control, las competencias del tribunal, la fase de control, los sujetos legitimados para solicitarlo, el tipo de procedimiento utilizado, el tipo de parámetro y los efectos de las decisiones, en referencia tanto a los sujetos como a la fase temporal. A su vez J. J. Fernández Rodríguez, valiéndose de las contribuciones de otros autores, emplea distintos criterios clasificatorios (sistemas concentrados y difusos, mixtos y "duales" o "paralelos", sobre la constitucionalidad de la ley o sobre los derechos, abstractos y concretos, objetivos y subjetivos). Del mismo modo, N. Sagüés enriquece la lista tradicional de elementos determinantes, muchos de los cuales ya fueron mencionados unas líneas atrás, con nuevos factores dignos de atención, entre otros, la estabilidad de los órganos de control constitucional, las formas de desarrollo del control (con referencia, por ejemplo, al procedimiento del *certiorari*), los sujetos que lo accionan, el radio de acción del juicio de constitucionalidad.

A su vez, en la búsqueda de la "pertinencia" de los factores esenciales en la clasificación, he señalado aquellos que, en mi opinión, son los elementos determinantes a tener en cuenta, a fin de construir clases que permitan hacer comparaciones fructíferas para la comprensión de la justicia constitucional. Algunos son los clásicos, aunque a veces los he utilizado desde una perspectiva diferente a la tradicional: el contexto estructural en el cual operan las cortes y los tribunales constitucionales; las modalidades de acceso a las cortes; las funciones realizadas; los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del Estado; la calidad de los sujetos involucrados; hoy añadiría también a los bienes tutelados. Sin embargo, para mí son determinantes también la amplitud del parámetro de control (especialmente en relación con la incorporación de los tratados y convenios internacionales), y del objeto del juicio de constitucionalidad (especialmente en relación con el poder de controlar las leyes de reforma constitucional, lo que cambia totalmente la naturaleza del juicio de constitucionalidad), que deberán aparecer como verdaderos y

propios factores de transformación o incluso de subversión de los sistemas: señales de tendencia evolutiva destinadas a dejar huellas profundas en el sistema, factores característicos del núcleo duro de cada modelo.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Jurisdicción constitucional (material)

I. Alcances de esta jurisdicción material. Constituye una jurisdicción constitucional material la que en principio corresponde administrar justicia, en nombre de la nación y este es el Poder Judicial.

II. El Poder Judicial a cargo del control constitucional de actos u omisiones. Los países latinoamericanos, particularmente Chile, Perú, Ecuador y Colombia, tienen un sistema llamado paralelo, pero que en realidad es mixto, pues las instancias del Poder Judicial tramitan las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, y el Tribunal Constitucional resuelve en definitiva y última instancia.

En el caso de Perú, el control constitucional de normas administrativas, cuando contradicen a normas legales o normas constitucionales, está a cargo únicamente del Poder Judicial en dos instancias.

III. Control constitucional dentro del Poder Judicial. Los países centroamericanos han asimilado el control de constitucionalidad, originado en el modelo austriaco (que es de sistema totalmente concentrado y que sirvió de paradigma para los modelos europeos y las experiencias latinoamericanas), pero lo han adaptado a su particular realidad, de tal manera que dentro de su Poder Judicial, cuentan con salas constitucionales. Así, por ejemplo, Costa Rica, cuenta con una sala especializada dentro de su Corte Suprema; de manera semejante en Nicaragua, el control de constitucionalidad, de actos como de normas, corre a cargo de su Corte Suprema. En el caso de Argentina, que no cuenta con un tribunal o corte constitucional, tanto el control de actos como de normas inconstitucionales, se tramitan ante las cortes provinciales y en vía de alzada o instancia superior, las acciones correspondientes son resueltas por su Corte Suprema.

La visión general de esta jurisdicción constitucional, particularmente en América Latina, es que el control de constitucionalidad cada vez es más efectivo, el cual se traduce en una importante jurisprudencia, en buen número de casos vinculantes para los órganos jurisdiccionales inferiores y para la propia ciudanía.

IV. Jurisdicción supranacional. En el caso de Perú, cuando un agraviado no encuentra protección de sus derechos constitucionales en la jurisdicción interna o nacional, puede recurrir a la denominada jurisdicción supranacional, que para el ámbito universal funciona un Comité de Derechos Humanos, en Washington, y para el ámbito regional o continental cuenta primero con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que funciona en Washington, y de no resolverse favorablemente las peticiones, se puede recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que funciona en San José de Costa Rica, organismo que tiene competencia contenciosa y por tanto expide

sentencias. Estas, luego de ser expedidas, regresan al país de origen para que sus órganos jurisdiccionales de origen ejecuten tales sentencias. Cuando estas sentencias, además de disponer el restablecimiento de los derechos constitucionales vulnerados, disponen la reparación económica por el daño producido, corresponde al Poder Ejecutivo, mediante su Ministerio de Justicia, coordinar el pago de tal indemnización.

Pero lo que denominamos en el Perú una jurisdicción supranacional, en sentido internacional, efectivamente corresponde a un control de convencionalidad. Debemos entender este término de convencionalidad, al marco jurídico que está dado por las convenciones o tratados multinacionales de derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos; Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica).

Bien sabido es que el control convencional es de dos clases: convencionalidad vertical y horizontal.

Víctor Julio Ortecho Villena

Jurisdicción constitucional (modelos clásicos)

La referencia a un "modelo" implica en sí algo ejemplar en sentido positivo, algo que merece ser imitado. De esta manera, se habla de "modelos" clásicos en la jurisdicción constitucional.

Esta expresión no alude, pues, a algunos antiguos precedentes del mundo clásico griego o latino [como por ejemplo, el remedio procesal llamado *grafé paranomòn*, con el cual se aseguró en el derecho ático que los decretos de la asamblea ciudadana (*psefismata*) fueran conformes a las leyes (*nomoi*)]; ni tampoco al considerado el precedente más inmediato de jurisdicción constitucional, el famoso caso *Bonham*, debatido ante el Tribunal de los *Common Pleas* en 1610, donde el magistrado inglés Sir Edward Coke sostuvo que el monarca estaba sometido a la *lex terrae*, identificándola substancialmente con los principios del *common law*.

Estos dos ejemplos no pueden ser considerados "modelos". El primero, porque se desarrolló en un contexto totalmente distinto al del mundo contemporáneo; el segundo, porque al emigrar a las colonias inglesas en el Norte de América fue la *idea* de *higher law* y de *judicial review*, no tanto los mecanismos institucionales las que prevalecieron. Para ser tal, un modelo tiene que ser ejemplar en su conjunto, aunque se pueden distinguir entre modelos ideales y modelos empíricos.

Entre los primeros se encuentra, por ejemplo, el forjado por Carl Schmitt —el presidente del *Reich* es el guardián de la Constitución: *Der Hüter der Verfassung*— que no tuvo éxito, aun cuando en muchos países el presidente tenga un limitado poder de control de la constitucionalidad de las leyes, a través del veto legislativo o el reenvío de los proyectos de ley al Parlamento. Por el contrario, se realizaron en la experiencia histórica dos principales modelos de control de la constitucionalidad de las leyes: el primero político, el segundo jurisdiccional.

El *control político* se realizó en Francia debido a la filosofía de la Ilustración de la superioridad del Poder Legislativo, lo que no permitía a los jueces, *bouche de la loi*, controlar los actos de los representantes del pueblo. Por eso, el control —limitado y facultativo— podía desarrollarse solo en el ámbito del procedimiento legislativo (y así fue hasta la reforma de Sarkozy, 2008). Además, este modelo se encuentra en los ordenamientos del llamado socialismo real, a causa de la idea de la unidad del poder popular.

El modelo jurisdiccional encuentra dos variantes importantes históricas —la estadounidense y la austríaca—. La primera, teorizada por Hamilton en *El federalista*, pero más conocida por su concreción en un caso judicial, el famoso *Marbury* vs. *Madison* de 1803 (aunque precedido de algunas sentencias coloniales); la segunda, elaborada por Hans Kelsen, y traducida en la Constitución de Austria de 1920.

En la variante estadounidense se señala ante todo el carácter difuso del control de constitucionalidad practicado en este país, es decir, la circunstancia de que cada juez está habilitado para controlar la conformidad de las leyes con la Constitución en el ejercicio de su actividad ordinaria de juzgar; el Tribunal Supremo no posee verdaderamente el monopolio de la *judicial review*, sino que lo ejerce como órgano en la cima del sistema judicial de los Estados Unidos.

La Constitución concede de manera taxativa a la *Supreme Court* la llamada jurisdicción originaria (que, por otra parte, con base en las leyes federales, también puede ser no exclusiva), o sea, esta juzga, en primer y único grado, una serie circunscrita de casos relativos a embajadores, cónsules y otros representantes diplomáticos, además de las controversias en las cuales un Estado sea parte. En otros casos, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los recursos que provienen de los tribunales de distrito y de los tribunales de circuito con tres procedimientos alternativos: en vía de apelación, mediante el *writ of certiorari* o, finalmente, mediante *certification of questions*. Además, puede acudirse a la *Supreme Court* con *writ*, contra las sentencias de los más altos tribunales estatales que hayan objetado la constitucionalidad de leyes federales, o bien que hayan declarado la constitucionalidad de leyes estatales consideradas contrarias a la Constitución federal, a las leyes federales o a los tratados.

Cada vez más, en los últimos años, el Tribunal Supremo se ha transformado en un verdadero y auténtico tribunal constitucional, o sea, en un órgano dotado de competencias especializadas. Esto se produjo como consecuencia de dos reformas procesales que, en 1988, eliminaron de hecho su jurisdicción de apelación —que tenía naturaleza obligatoria—, también con respecto a los tribunales federales, permitiéndoles elegir *ad libitum* el propio *docket*, es decir, las cuestiones de constitucionalidad a resolver.

Desde luego se permite una selección totalmente discrecional de los casos a examinar por el procedimiento que origina el *writ of certiorari*, con el que una de las partes del proceso principal pide al Tribunal Supremo que reexamine el caso: cada año se presentan millares de *writs*, pero el Tribunal decide solo sobre unos cuantos centenares.

Rara vez los tribunales federales inferiores, en caso de incertidumbre jurisprudencial, solicitan al Tribunal Supremo pronunciarse mediante la deno-

minada *certification*, que implica la posibilidad de avocar la causa o un mero reenvío con instrucciones vinculantes (*binding instructions*). Semejante procedimiento se pone en marcha cuando el tribunal inferior tiene necesidad de alguna indicación, bien porque los precedentes del Tribunal Supremo se muestran inconciliables (como cuando su jurisprudencia está evolucionando), bien cuando el caso resulta hasta tal punto nuevo y singular que parece no poder hacerse referencia en modo alguno a los precedentes a fin de llegar a un pronunciamiento.

Desde los albores de su propia actividad, la *Supreme Court*, por el contrario, ha rehusado desarrollar una actividad de mero asesoramiento en materia constitucional, hasta que las denominadas *advisory opinions* fueron explícitamente rechazadas en 1911 con la sentencia *Muskrat* vs. *United States*, en la que se reforzó la propia naturaleza jurisdiccional (que, sin embargo, le permite pronunciar sentencias de mera verificación o *declaratory judgements*).

En relación con la variante austriaca, Kelsen, al igual que Hamilton y Marshall, partía del concepto de Constitución como norma "positiva" superior a todas las otras, pero en un contexto dogmático —el de la construcción por grados del ordenamiento (*Stufenbau*) y de los criterios conexos para comprobar la invalidez de las normas inferiores—, ignorado casi por completo en los Estados Unidos. ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? ¿De qué forma se desarrolla el control? ¿A quién compete activarlo? ¿Y en relación con qué actos? ¿Qué eficacia deben asumir, por último, las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes? —se preguntaba entonces el maestro de la Escuela de Viena—. Sus respuestas fueron las siguientes.

Kelsen responde que la comprobación de la conformidad de las leyes con la Constitución debe ser hecha por un órgano organizado en forma de tribunal, cuya independencia esté garantizada por la inamovilidad.

El control de constitucionalidad podría ser activado también mediante una acción popular, pero, según Kelsen, tal solución es desaconsejable, porque se presta fácilmente a abusos. Es, por el contrario, preferible atribuir a todas las autoridades públicas (o solo a algunas autoridades superiores —ministros, tribunales supremos— o bien a los jueces), llamadas a aplicar una ley que presumen que sea inconstitucional, el poder de suspender el procedimiento e interponer la cuestión al tribunal constitucional. Sin duda, en los Estados federales, del derecho a recurrir deben ser titulares los gobiernos de los Estados miembros contra los actos inconstitucionales de la Federación, y viceversa.

Kelsen no excluye además un derecho de recurso a favor de una minoría cualificada del Parlamento, como tampoco una intervención de oficio del tribunal constitucional mismo. Objeto del juicio deberían ser, además de las leyes, los reglamentos dotados de fuerza de ley, es decir, inmediatamente subordinados a la Constitución (en la práctica, decretos-leyes y decretos legislativos), pero también los simples reglamentos de ejecución, los actos normativos generales y los tratados internacionales. En caso de que el tribunal constitucional constate un vicio de forma —es decir, relativo al procedimiento de creación del acto— o de fondo, por conflicto con el contenido de la Constitución, procederá a la anulación de la ley o de sus disposiciones concretas, con eficacia *pro futuro*, salvo un limitado efecto retroactivo.

Las propuestas de Kelsen acerca de la configuración, las funciones y la eficacia de las sentencias del tribunal constitucional constituyen el núcleo de un "modelo" abstracto elaborado a lo largo del tiempo por el maestro de Praga, e incluso fueron influenciadas por los análisis de varios ordenamientos a medida que eran dotados de una corte o tribunal constitucional.

Los dos modelos descritos obtuvieron un éxito sobresaliente en todo el mundo, aunque adaptados, hibridados, mezclados. Hay quien dice que estos ya no existen en su forma "pura", tampoco en los dos países que primero los introdujeron: incluso en EE.UU., el control no es solo difuso y concreto, sino también concentrado y abstracto (por ejemplo en caso de conflicto entre estados, y entre estados y Federación); en Austria, a partir de la reforma de 1929, los tribunales superiores fueron autorizados a interponer recursos, mostrándose entonces perfiles de difusión y concreción.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Jurisdicción electoral

La materia electoral es amplia y ha tenido un importante avance en cuanto a la organización y realización de los comicios por un órgano integrado por ciudadanos y no por autoridades nombradas o subordinadas al Poder Ejecutivo; la absoluta autonomía e independencia, tanto en la designación de los miembros del órgano administrativo comicial, de los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como en su funcionamiento; la integración de un sistema legal de justicia electoral plasmado en la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, además de la consecuente creación de dos juicios que han adquirido gran relevancia: el de protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el de revisión constitucional electoral, así como la existencia de un régimen de fiscalización de los recursos otorgados a los partidos políticos para el financiamiento de sus actividades, entre otros, son aspectos que permiten la viabilidad de consolidar el modelo democrático.

Relativo a la justicia electoral, con su implementación se creó un nuevo orden y contexto político y jurídico, pues a partir de entonces toda la conflictividad electoral tuvo como cauce la instauración de juicios y procedimientos. Una nueva realidad se vislumbraba en el panorama de la vida nacional, ya no sería la decisión unipersonal del Poder Ejecutivo. La incorporación del Tribunal Electoral implicó la oportunidad para darle cabal contenido a los derechos político-electorales y las figuras con ellos vinculados.

El Tribunal Electoral, a partir de su implementación, ha asumido una postura más moderna en la interpretación y argumentación jurídica, propia de tribunales constitucionales. Este tipo de argumentación se conjugó en un contexto en el que se necesitaba esta manera de resolver los conflictos, pues en muchas ocasiones la realidad político-electoral rebasa los supuestos previstos en las leyes, circunstancia que obligó a quienes integraban las salas del Tribunal Electoral a asumir una actitud creativa. Esta visión ha privilegiado, conforme a los principios constitucionales, los derechos políticos, postura que

identifica el actuar institucional con el garantismo jurídico, y de hacer valer los principios constitucionales relacionados.

El conjunto de normas orientadoras de la función jurisdiccional electoral se integra por principios, reglas o criterios de razón de distinta entidad jurídica, puesto que del examen minucioso del sistema jurídico electoral de nuestro país, se han identificado tres tipos o grados de principios que rigen u orientan la función pública de impartición de justicia electoral, a los cuales debe sujetarse el funcionario judicial electoral a fin de cumplir con el mandato constitucional que se le ha confiado y alcanzar, a su vez, los valores que se pretende proteger dentro del complejo acto electoral como actividad del Estado.

Los tres conjuntos de principios son los siguientes:

En un primer apartado, es posible identificar el conjunto de principios generales de naturaleza abstracta, relativo a las aspiraciones que se persiguen mediante el establecimiento de la función jurisdiccional especializada en materia electoral, ordinariamente integrados por ciertos valores que se pretenden alcanzar o proteger relativos al fenómeno judicial en general y el político electoral en lo particular.

En segundo lugar, encontramos los principios rectores que determinan las bases procesales y las reglas técnicas que, conforme a nuestro sistema jurídico, se han adoptado a fin de encausar procesalmente las controversias jurídico-electorales; asimismo, para hacer posible el alcance de los valores tutelados por los principios generales antes descritos.

El tercer conjunto lo integran los principios que regulan el acceso de la función judicial electoral, las garantías para el ejercicio independiente de la misma y el sistema de responsabilidad de los funcionarios judiciales especializados en la materia electoral, los cuales operan como parte de los principios rectores de esta función estatal, en tanto que los mismos no tienen otro fin más que hacer efectivos y auténticos los dos conjuntos anteriormente mencionados.

Los principios generales que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional electoral se integran con una serie de valores, fines o aspiraciones de carácter abstracto, que constituyen la base estructural de un sistema jurídico y que, eventualmente, sirven de guía en la aplicación del derecho positivo.

A su vez, los principios generales que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional electoral pueden clasificarse en dos grupos: *a*) directos, que son aquellos que apuntan directamente a los fines o valores que se persiguen o tutelan mediante la existencia propiamente dicha de esta función especializada de los órganos de gobierno del Estado, esto es, los que guían la actuación del juez *per se*, y que la doctrina identifica como los principios dirigidos a los órganos aplicadores; y, *b*) los indirectos, que se refieren a los valores o fines generales que dan estructura y sentido al derecho positivo electoral.

Sobre los principios directos podemos referirnos a los principios de justicia y equidad (justicia, como producto de la aplicación invariable de una norma exacta al caso controvertido, y equidad como un criterio orientador en la búsqueda del valor supremo "justicia"), de igualdad (se traduce en que

varias personas, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanen de dicho estado), tutela judicial (como el derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes; así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisprudencial sobre la pretensión o la defensa y, en su oportunidad, ejecuten esa resolución), de imparcialidad (se traduce en la cualidad con que deben actuar los jueces en el ejercicio de su función, consistente en su posición trascendente respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio; en otras palabras, de su neutralidad respecto de quien solicita una concreta tutela jurídica y respecto de aquel frente a quien esa tutela se solicita), de probidad (como cualidad que deben perseguir los juzgadores en el ejercicio de la función jurisdiccional y que se traduce en una rectitud, moderación, integridad, honradez y honestidad en el obrar), de legalidad (que consiste en que las autoridades no tienen más facultades que las que les otorguen las leyes, y que sus actos únicamente son válidos cuando se funden en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe), de certeza y seguridad jurídica (la certeza jurídica consiste en el conocimiento que nos proporciona la ley para determinar nuestros derechos y saber en consecuencia el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente, esto con independencia de la intervención de los órganos coactivos del Estado para hacer respetar nuestros derechos, y la seguridad jurídica se manifiesta como un atributo esencial del Estado de derecho, en tanto se concibe como un valor moral y democrático que postula obedecer lo que dispone la norma positiva vigente como los principios generales del derecho), de supremacía constitucional (referente a la cualidad de la Constitución de fungir como norma jurídica positiva superior, que da validez y unidad a un orden jurídico nacional), de objetividad jurídica (es poner en relieve todo aquello que, formal o materialmente, reconoce mayor grado de autonomía e independencia en relación con las estructuras mentales, actividades psicológicas y facultades valorativas de los sujetos del derecho; esto es, tratar de prescindir, en las reglas jurídicas y en su interpretación, de cuanto sea subjetivo, a la búsqueda de criterios realistas de validez general y de identificación demostrable), de profesionalismo y excelencia jurisdiccional (exigen que la función estatal de la impartición de justicia sea prestada con conocimiento, habilidad y ética de servicio; condiciones del ejercicio jurisdiccional que se obtienen con la creación de un cuerpo de funcionarios especializados en la materia y práctica jurídica), y de independencia jurisdiccional (implica, entre otras cosas, que el juzgador es emancipado, imparcial, no afiliado a bando ni partido alguno y que mantiene sus convicción; en consecuencia, el principio de independencia implica que las decisiones de los órganos de gobierno que gozan de dicha cualidad, emitidas en el ejercicio de sus funciones, no están sometidas o influidas por distinta autoridad).

Los principios generales que de manera indirecta rigen el ejercicio de la función jurisdiccional electoral, son aquellos que integran los valores o fines

generales que dan estructura y sentido al sistema jurídico electoral de nuestro país, puesto que son, precisamente, las controversias derivadas de los procesos electorales y del ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos, las que corresponde resolver, en última instancia, a las autoridades jurisdiccionales electorales. Ejemplos de estos son: la soberanía nacional (la cualidad del poder del Estado que consiste en el derecho de mandar en última instancia en forma inapelable —autodeterminación— o de hacerse obedecer en el territorio estatal, fijando las normas a las cuales circunscribe su actuación —autolimitación— y afirmando su independencia respecto de los demás Estados); el principio democrático (en la adopción de un régimen político en el que el pueblo tiene la doble faceta de gobernante y gobernado; donde se dan elecciones populares de los gobernantes; donde hay garantías individuales; se da el principio de división de poderes, existe un régimen de partidos, pluralismo ideológico y alternancia en el poder); la división de poderes (consiste en que cada una de las tres funciones del Estado —ejecutiva, legislativa y judicial—, se ejerzan separadamente por órganos de gobierno diferentes, de tal forma que su ejercicio no se concentre en un ente político, en contraposición a los regímenes monárquicos absolutistas o autocráticos o dictatoriales).

En el ámbito electoral relativo a las entidades federativas, el art. 116 constitucional prevé que las Constituciones y leyes de los estados garantizarán que en el ejercicio de la función electoral a cargo de las autoridades electorales sean principios rectores los de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza, independencia, así como que las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, para lo cual se debe establecer un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad. Por lo que las resoluciones que emitan los tribunales electorales locales constituirán el medio natural, desde el punto de vista constitucional, para la solución de las controversias que surjan dentro de su ámbito.

La reforma constitucional de 2007 confirmó que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, con excepción de lo previsto en la frac. II del art. 105 de la Constitución federal relativo a la intervención de la Suprema Corte en el control de constitucionalidad de normas de carácter electoral a través de la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, con el propósito de fortalecer al Tribunal Electoral, la reforma le otorgó expresamente la facultad para decidir sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, dando así solución a los casos en los cuales un ciudadano, que carece de legitimidad procesal para ejercer la acción de inconstitucionalidad, pueda impugnar la constitucionalidad de una norma electoral que le ha sido aplicada y que considera contraria a la ley suprema; precisa la reforma constitucional que las salas del Tribunal podrán resolver la no aplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Constitución, convirtiendo así al Tribunal con el carácter de constitucional, precisando que las resoluciones

que se dicten en ejercicio de esta facultad, solo se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio, generando efectos en el caso específico y concreto, a diferencia de la inconstitucionalidad decretada por la Suprema Corte, cuyos efectos son de carácter general y abstracto. Sin embargo, no hay que soslayar cómo justificar que una ley declarada inconstitucional puede seguir vigente para el resto de la población sin afectar el principio de igualdad ante la ley.

No obstante lo anterior, en virtud de que las salas regionales actualmente ya funcionan de forma permanente, y por lo tanto su competencia se ha ampliado para conocer de asuntos en los cuales con anterioridad conocía la Sala Superior, esta última también ha ampliado su competencia, mediante el recurso de reconsideración de las sentencias de fondo dictadas por las salas regionales en las que hayan determinado la no aplicación de una norma electoral por considerarla contraria a la Constitución.

Derivado de la reforma antes mencionada, la Sala Superior dejó de conocer del control de la legalidad y constitucionalidad de las elecciones para diputados locales y para la integración de los ayuntamientos, así como de los procesos de selección de candidatos que dentro de los partidos políticos se lleven a cabo respecto de tales elecciones, únicamente constriñéndose vía recurso de reconsideración de litigios relacionados con las elecciones mencionadas solo en los casos en que la sala regional competente declare con efectos *inter partes*, la inconstitucionalidad de una norma y consecuentemente la inaplique. Sin menoscabo de la variación de la competencia jurisdiccional de las salas del Tribunal Electoral, las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que regulan la jurisprudencia de dicho tribunal no fueron alteradas con la reciente reforma, por lo que se mantiene la prescripción de que para el establecimiento de jurisprudencia por reiteración de las salas regionales, se requiere la emisión de cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, que sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación e integración de una norma, adicionada a la ratificación de la Sala Superior previa determinación de "si procede fijar jurisprudencia"; a diferencia de la jurisprudencia por reiteración formada por la Sala Superior que solo requiere de tres sentencias no interrumpidas.

A fin de evitar contradicciones o conflictos entre las salas regionales y la Sala Superior, la reforma en comento estableció las bases para la facultad de atracción de la Sala Superior de los juicios que conozcan las salas regionales, bajo los siguientes supuestos: *a*) *de oficio* cuando se trate de medios de impugnación que a consideración de la Sala Superior, por su importancia y trascendencia, así lo ameriten; *b*) *previa solicitud*, razonada por escrito, de alguna de las partes en el procedimiento del medio de impugnación, fundamentando la importancia y trascendencia del caso; *c*) *cuando la sala regional que conozca del medio de impugnación lo solicite*, precisando las causas que ameritan esa solicitud. Las determinaciones que emita la Sala Superior respecto al ejercicio de dicha facultad son intachables. La exigencia de que sea justificada la utilización de esta facultad requiere de la explicación de las razones que motivan la voluntad del juzgador en un determinado sentido, así como la justificación, exigiendo que la decisión sea sostenida con argumentos que la tornen aceptable. Esta

nueva facultad de atracción es similar a aquella con la que cuenta la Suprema Corte, respecto de los amparos directos y recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito.

Los tribunales electorales son tribunales constitucionales y desde 1977 la Constitución federal y las de los estados son las normas que establecen los principios electorales, por lo que los principios que rigen las elecciones no se reducen únicamente al ámbito de la ley, sino que tienen su sustento en la Constitución. No se puede concebir a la Constitución como un instrumento programático político como si fuera un plan de gobierno o un catálogo de buenos deseos; es una norma jurídica, la ley fundamental.

Manuel González Oropeza

Jurisdicción internacional

La función jurisdiccional es un dato característico del Estado moderno. Este tiene a su cargo, entre otras tareas que se hallan en su origen natural, en su desenvolvimiento y en sus fines, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y la solución de controversias, sea entre particulares, sea entre estos y los órganos del propio Estado. En consecuencia, incumbe a este, como manifestación de soberanía, conocer y resolver litigios en el ámbito de sus atribuciones territoriales, materiales y personales, con exclusión de otros Estados. Así se ha entendido tradicionalmente, hasta la aparición y el desenvolvimiento del nuevo derecho internacional público y de los órganos que este genera, con facultades que trascienden las fronteras nacionales.

La existencia de órganos jurisdiccionales internacionales, supranacionales o transnacionales —caracterizaciones que no examinaré en esta "voz"— es relativamente reciente. En otro tiempo —que no ha cesado— los conflictos entre Estados quedaban sujetos a soluciones pacíficas, mediante el ejercicio de la diplomacia, o a presiones políticas y medidas de fuerza, bélicas inclusive. En muchos casos, sobre todo a propósito de diferencias por cuestiones fronterizas o territoriales, los Estados litigantes sometían sus querellas al conocimiento de árbitros, designados por acuerdo entre las partes, cuyos laudos revestían eficacia vinculante con respecto a aquellos en los términos del convenio arbitral correspondiente. Esto ocurrió, por ejemplo, en litigios territoriales suscitados entre México y otros países, cuya culminación no favoreció al Estado mexicano, al menos en un primer momento; así, los conflictos entre Francia y México por la Isla Clipperton, en el Océano Pacífico, sujeto al arbitraje del rey de Italia, y entre Estados Unidos y México, por el territorio de El Chamizal, sometido a una comisión arbitral binacional.

Actualmente han variado intensamente las relaciones internacionales y se han multiplicado los órganos llamados a atender conflictos derivados de aquellas. Se ha dicho, inclusive, que se halla en curso una redistribución del poder mundial (como ha operado un fenómeno semejante en el interior de los Estados, entre los órganos que tienen a su cargo el ejercicio de la soberanía y los entes jurisdiccionales, anteriormente escasos o desprovistos de verdadera influencia), que comparten ese poder con los Estados y con otros órganos generados en el marco de las relaciones bilaterales, regionales o universales

(M. Delmas-Marty). Vivimos, pues, una "era de tribunales", manifiesta en la recomposición de las relaciones entre los poderes clásicos.

En la comunidad de las naciones apareció en primer término, cronológicamente, la Corte Centroamericana de Justicia, por mediación de México y los Estados Unidos, desplegada en la Conferencia de Washington, en diciembre de 1907, para solucionar conflictos entre los países del área. Poseía jurisdicción obligatoria y admitía el acceso de particulares. Su primera sede estuvo en la ciudad de Cartago; posteriormente, en San José. Ha tenido un desempeño discontinuo, pero apreciable. Subsiste y actúa en el ámbito de sus facultades regionales, regida por el Protocolo de Tegucigalpa, la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos y el Estatuto de la propia Corte. La nueva Corte inició funciones en 1994. Su ámbito jurisdiccional abarca El Salvador, Honduras y Nicaragua.

El órgano jurisdiccional de mayor relevancia en el plano mundial, que abrió el camino por el que han transitado las jurisdicciones internacionales, fue la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada al término de la Primera Guerra, competente para dirimir conflictos entre los Estados. Este alto tribunal, que produjo una jurisprudencia notable, aún relevante e invocada, cesó en la Segunda Guerra y cedió el espacio al nuevo órgano jurisdiccional mundial, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), instituida en el marco de la Organización de las Naciones Unidas bajo la Carta de esta y dotada de un Estatuto que fija su integración y atribuciones.

El art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas manifiesta que la CIJ es "el órgano judicial principal de las Naciones Unidas". Las disposiciones que rigen su desempeño se hallan en el capítulo XIV de la Carta, en el Estatuto anexo, firmado, como esta misma, el 29 de junio de 1945, y en el Reglamento expedido por la propia Corte. Está constituida por quince jueces, electos para un periodo de nueve años. Estos componen un "cuerpo de magistrados independientes", que por lo tanto no ostentan la representación de los Estados de su nacionalidad, sino actúan al servicio de la justicia internacional, en forma objetiva e imparcial y conforme al derecho internacional.

Este órgano posee competencia contenciosa y consultiva. Según el art. 59 del Estatuto, las sentencias de la Corte, dictadas en asuntos contenciosos, tienen efecto de cosa juzgada con eficacia relativa: obligatoria para los Estados litigantes y en relación con el caso concreto sujeto al conocimiento del tribunal. La función consultiva se ejerce a solicitud de los órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados autorizados para solicitar el ejercicio de esa competencia respecto de cuestiones jurídicas.

No es posible analizar en detalle, en una nota de estas características, la organización y competencia de todos los órganos jurisdiccionales dotados con atribuciones específicas (competencia material) en diversos espacios de las relaciones internacionales o de los conflictos entre Estados y particulares. Por ello me referiré someramente a algunos tribunales permanentes o con temporalidad amplia, que poseen gran relevancia y revisten especial interés para los estudiosos de la jurisdicción internacional.

La Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, está organizada dentro del Consejo de Europa y cuenta con 47 jueces: uno por

cada Estado participante en el Consejo. Fue instituida a partir de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. Se planteó con el propósito de constituir —junto con la extinta Comisión Europea de Derecho Humanos— un instrumento para brindar garantía colectiva a los derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito europeo. Actualmente —a partir del Protocolo 11, adoptado en 1994 y vigente en 1998— cualquier persona puede recurrir, en vía contenciosa, ante ese tribunal. Posee competencia subsidiaria para la atención de litigios que surgen a propósito de la observancia de los derechos humanos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. El Convenio otorga a la Corte, asimismo, facultades consultivas.

En el ámbito americano funciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrada por 7 jueces, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, vigente en 23 Estados de América, de los que 20 han reconocido la competencia contenciosa de ese tribunal. La Corte Interamericana tiene atribuciones consultivas, que ejerce a través de un importante número de opiniones de esta naturaleza; contenciosa, que despliega en procesos instados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una vez agotadas las vías de solución internas; preventivas, a través de medidas provisionales, y ejecutivas, mediante facultades de supervisión de cumplimiento. La jurisprudencia de la Corte —particularmente en materia contenciosa— es vinculante para los Estados parte en la Convención Americana, en tanto aquella constituye el órgano de interpretación oficial de ese instrumento —y, en diversa medida, de sus protocolos y de las convenciones especializadas en determinadas cuestiones concernientes a derechos humanos, vigentes en el área—, que a su vez ha sido "recibido" por los ordenamientos internos de un buen número de Estados americanos. Este tribunal, cuya sede es San José, Costa Rica, celebra audiencias públicas en diversas ciudades del área, práctica establecida a partir de 2004-2005.

En la misma línea de tutela judicial de los derechos humanos, figura las Corte Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, con 11 jueces, atribuciones consultivas y contenciosas. Fue establecida mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada por los Estados integrantes de la Organización de la Unidad Africana, convertida posteriormente en Unión Africana. El Protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004.

El antiguo propósito de sancionar por la vía penal las más graves violaciones de derechos humanos, consideradas en su condición de delitos o crímenes que afectan a la humanidad en su conjunto, ha determinado el establecimiento del orden internacional penal, del que son instrumentos —además de los antecedentes registrados con posterioridad a la Primera y a la Segunda Guerras mundiales— los tribunales penales dispuestos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y especialmente la Corte Penal Internacional, con sustento en el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, vigente en 2002. La Corte Penal Internacional está integrada por 18 magistrados, cuenta con diversas salas, una Fiscalía y varias dependen-

cias. Conoce de casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, delitos contra la administración de justicia y agresión.

En materia penal, con alcance nacional pero generación o integración mixta, también es pertinente mencionar a un importante conjunto de órganos jurisdiccionales internacionalizados o "híbridos", a saber: Tribunal Especial para Sierra Leona, Cámaras Extraordinarias de Camboya, Paneles Especiales para Timor Oriental, Paneles Especiales para Kosovo, Cámara de Crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina y Tribunal Especial para Líbano.

El surgimiento de las comunidades europeas, como proyecto de concertación económica al término de la Segunda Guerra, ha generado un derecho comunitario, supranacional y con control judicial. En este ámbito funciona el Tribunal de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. Este órgano comparte la función jurisdiccional comunitaria con los tribunales nacionales de los Estados miembros, que en este sentido también son jueces de derecho cumunitario, facultados y obligados a aplicar aquella normativa. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejerce un control del derecho por parte de los Estados incorporados en este régimen, a través de recursos que permiten conocer de problemas de incumplimiento —positivo o negativo— de las obligaciones de los Estados.

En el mismo marco del derecho comunitario se halla el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, instituido en el tratado de creación de esta Comunidad, en Cartagena de Indias, en 1979, y modificado por el Protocolo de Trujillo, Perú, en 1996. La Comunidad abarca Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El Tribunal está compuesto por 5 magistrados y es competente para conocer de acciones de nulidad, incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad y demanda laboral, además de poseer competencia arbitral para resolver litigios a propósito de la aplicación o interpretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración Económica o entre estos y terceros.

En el propio espacio del orden jurídico comunitario es pertinente mencionar al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), constituido por el Protocolo de Olivos, de 2002, integrado con 5 árbitros y que considera conflictos entre Estados a partir de la aplicación, la interpretación o el incumplimiento de las normas del instrumento constitutivo.

Agreguemos ahora la Corte Caribeña de Justicia, en el seno de la Comunidad Caricom, con motivo del interés de los Estados caribeños por contar con un órgano jurisdiccional propio, regional, en sustitución del Comité Judicial del *Privy Council*, órgano superior dentro del orden judicial de la Gran Bretaña. La Corte quedó establecida por acuerdo de 14 de febrero de 2001, con funciones de tribunal de única instancia y de apelación, esto último en materias civil, penal y constitucional.

Mencionaré, finalmente, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, instalado en Hamburgo, el 1o. de octubre de 1996, con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1994. Su competencia

se extiende a todas las controversias relativas a esta rama del derecho internacional.

Un tema central en la revisión de la jurisdicción internacional es el concerniente al valor de las decisiones —resoluciones, criterios, jurisprudencia— de los órganos abarcados bajo aquel concepto. Evidentemente, las resoluciones emitidas en procedimientos contenciosos, a los que los Estados contendientes —entre sí o con particulares— se han sometido en forma general o especial, poseen fuerza *inter partes*, como la tiene, característicamente, una sentencia dictada por un tribunal competente. Esto no implica, sin embargo, que la jurisprudencia de un tribunal internacional o supranacional carezca de eficacia *erga omnes*, cuando interpreta oficialmente —con facultades convencionales para hacerlo— las disposiciones de un instrumento internacional que se ha integrado en la normativa interna a título de ordenamiento nacional de fuente internacional. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aplica la Convención Americana de su materia. Esto ha sido examinado y reconocido por dicho tribunal, pero también por altas cortes nacionales, entre ellas la Suprema Corte de Justicia de México.

En este punto también corresponde acudir a los conceptos y disposiciones vigentes acerca de las fuentes del derecho internacional, cuya aplicación incide en los planos nacionales. Al respecto, se suele invocar el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que fija el fundamento para las decisiones que adopte este órgano: convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho y decisiones judiciales (inciso d) y doctrina. Los tribunales internacionales recurren con gran frecuencia a los criterios y determinaciones adoptadas por otros tribunales del mismo alcance, e incluso por tribunales internos. De aquí proviene una interacción fecunda, frecuentemente calificada como *cross fertilization*, que concurre a la forja del un *ius commune* cada vez más necesario y útil a los fines de la justicia y la seguridad jurídica, servidas a través de la jurisdicción internacional.

Sergio García Ramírez

Jurisdicción supranacional

Es la potestad dimanante de una porción de soberanía que un Estado nacional cede en favor de un órgano judicial erigido más allá de las fronteras estaduales, que presenta las siguientes características: *a*) se genera a través de un acto de derecho internacional (resolución o tratado); *b*) se ejerce por conducto de tribunales o cortes, integradas por jueces o magistrados independientes; *c*) su función es la realización del derecho (principalmente convencional) en el caso concreto, juzgando de modo complementario e irrevocable.

Dicha jurisdicción es uno de los productos de la era de la globalización, la cual no restringe sus objetivos hacia el mero alcance de una paz a gran escala regional, sino a su establecimiento a nivel mundial; pretende hacer posible la continuidad entre ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo. No aspira a sustituir a la jurisdicción doméstica; su anhelo es imponer ciertos límites a la justicia nacional.

Las bases teóricas de un *ius gentium pacis* fueron construidas desde antaño (por ejemplo, la obra de Mirkine-Guetzévitch, *Derecho constitucional internacional*, París, 1933), bajo la premisa de que temas como la seguridad interna, la previsión de la existencia, el bienestar económico o la protección del medio ambiente, son tareas que exceden los límites de los Estados, quienes son —dado el concepto de "complementariedad" de una República mundial— los responsables primarios de otorgar a los individuos la garantía inmediata del derecho, empero, cuando ese afianzamiento no se brinda o resulta insuficiente, surgirá el sistema supranacional, a fin corregir ese déficit. Entonces, es posible que en el tráfico jurídico cotidiano acontezcan fricciones entre los diversos operadores del sistema (tanto individuos como órganos de derecho público), y por ende, es menester la implementación de medios civilizados de solución de los conflictos.

En ese orden de ideas, el art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas incluye entre los medios pacíficos de solución de controversias, el denominado *arreglo judicial*, el cual implica un medio de solución de naturaleza jurídica, caracterizado por la intervención de órganos compuestos por jueces plenamente independientes de las partes en la controversia, que ejercen sus competencias, normalmente de forma permanente, a través de un procedimiento judicial de carácter contradictorio y que resuelve la diferencia que les es sometida mediante sentencias que tienen siempre carácter obligatorio para las partes en litigio. Dicho medio de solución de controversias se asemeja en buena medida al mecanismo básico de solución de diferendos empleado en los ordenamientos jurídicos estatales, que no es otro que el acceso a la justicia a través de un recurso judicial efectivo. Sin embargo, dicha componenda judicial presenta claras diferencias con los sistemas judiciales estatales, tanto por lo que se refiere a la estructura de la propia jurisdicción supranacional, a la forma de atribución competencial, a la legitimación de los interesados en el proceso, a la naturaleza de las sentencias dictadas por los órganos judiciales y al peso y lugar que corresponde al arreglo judicial en el sistema global de aplicación del derecho internacional.

Los tribunales supranacionales son autónomos entre sí, carecen de ubicación única y jerarquizada y su competencia no es automática, sino que requieren de declaraciones expresas de voluntad de los Estados para ser reconocidas sus funciones. Sus sentencias generalmente son meramente declarativas y carecen de efecto ejecutivo. Los temas de legitimación y de admisibilidad de las causas, tampoco son uniformes entre cada uno de ellos. El *leitmotiv* del proceso formador de esa jurisdicción obedece a la aparición de una idea orientada a la paz y a la solidaridad internacional, entelequia que carecerá de concreción a menos que se realicen esfuerzos especiales y quizás, el más difícil, es la renuncia a parcelas sustantivas de soberanía.

En 1840 se generó un proyecto de los ingleses y los norteamericanos, consistente en establecer *A Congress of Nations.* En 1870 se planteó el proyecto de la Unión Interparlamentaria, y en 1873 la Cámara de los Comunes aceptó la celebración de tratados de arbitraje comercial. Luego surgieron otros debates, gestándose la tendencia hacia una cooperación parlamentaria en favor de la paz y del arbitraje internacional.

El surgimiento de tribunales supranacionales permanentes, como medio de solución de controversias, es un fenómeno característico del siglo XX, que se extendió progresivamente en esa centuria, siempre a la par de las organizaciones internacionales en la sociedad internacional. La primera manifestación real y efectiva de ese proceso se produjo en el marco regional americano. El 20 de diciembre de 1907, las repúblicas de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica firmaron un Tratado de Paz y Amistad en Washington. En las convenciones de este tratado se creó la Corte de Justicia Centroamericana (también conocida como la Corte de Cartago), para el arbitraje obligatorio en los conflictos político-sociales de esos países. Por un periodo de diez años Costa Rica sería la sede de esta institución, con asiento en Cartago y luego en San José. Esta Corte se extinguió jurídicamente en marzo de 1918.

Tras la Primera Guerra Mundial acontecieron otros impulsos (unos más efectivos que otros) para la instauración de jurisdicciones de alcance general. El primer intento para fincar una responsabilidad individual en el ámbito internacional aparece en el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 (que puso fin a esa guerra), en donde se dispuso, para el enjuiciamiento del *Káiser*, que debía establecerse un tribunal penal internacional. No obstante, tal modelo sancionador no pasó a ser más que una anécdota, pues no llegó jamás a implementarse (al exemperador alemán se le concedió asilo en los Países Bajos, nunca se le juzgó). El segundo envión se sitúa en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, donde se previó la existencia de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que vio la luz en 1920, una vez que la Asamblea General aprobó el proyecto de Estatuto, elaborado por un Comité de Expertos. Dicho Tribunal tuvo su sede en La Haya, que desde entonces se convirtió en la capital judicial del mundo. Su actividad se vio truncada por la Segunda Guerra Mundial y dejó de existir formalmente el 18 de abril de 1946. Empero, inspiró lo que ahora es la Corte Internacional de Justicia, cuyo fundamento se encuentra en los arts. 7 y 92 de la Carta de las Naciones Unidas. Otro antecedente importante es el proceso instruido por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1945), que hizo factible no solo la protección directa y efectiva de los derechos humanos, sino y sobre todo, la posibilidad de sancionar a individuos por la comisión de crímenes contra la humanidad, acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial.

En la actualidad, los principales tribunales que ejercen la jurisdicción supranacional son el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; los tribunales internacionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); los tribunales penales internacionales (la Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad hoc* para ex-Yugoslavia y Ruanda); el sistema jurisdiccional de la Unión Europea (Tribunal de Justicia, Tribunal General, tribunales especializados), y la Corte Internacional de Justicia.

Jorge Rivero Evia

Jurisfirma

El jurisfirma fue un proceso foral para preservar de infracción de fueros y evitar contrafueros, liberando de toda violencia al oprimido al moderar, conforme a derecho, los injustos arrebatos, lo mismo de los reyes y sus jueces, que de quienes habitaban el reino.

Por medio del proceso foral aragonés de jurisfirma, *firma juris*, firma de derecho, o proceso de firma de derecho, se mantenía a alguno en la posesión de los bienes o derechos que se suponían pertenecerle, y precisamente a través de él podía el justicia mayor avocarse al conocimiento de cualquiera causa incoada ante otro tribunal, garantizando de los efectos de la condena impuesta por este, los bienes de los que recurrían a su asistencia. En consecuencia, se decretaba por el justicia mayor, y después, cuando desapareció este juez del Medievo, lo decretaría la Audiencia de Aragón, la más absoluta prohibición a quien lo obtenía, de molestarlo en sus derechos, en su persona o en sus bienes, según fuese el objeto del pedimento. En tal sentido, por el carácter de juez supremo que se le otorgó al funcionario competente del proceso foral de jurisfirma, y los derechos que encaminaba a salvaguardar el mismo proceso, puede considerarse un precedente de los procesos constitucionales contemporáneos.

Con este procedimiento jurídico no solo se garantizaba a la persona en sí, sino también se garantizaba a la propiedad, en relación con la misma, no pudiendo aquella ser presa, ni tampoco despojada de sus bienes, sino hasta que se hubiese dictaminado la sentencia, en el juicio correspondiente, a cuyo fin el que pedía el amparo por medio de este proceso foral, daba fianza como garantía de su derecho, y a su vez confería firma el justicia mayor, de donde se originaron las llamas firmas —*ne pendiente apellatione*—. El firmar el derecho o apellidar (de estas formas se denominaba el acto por el cual se promovía el proceso) se realizaba no solo contra actos de jueces, constituyéndose en el control de legalidad de los actos de tribunales inferiores, sino también en contra de oficiales e incluso de particulares. Más aún, las firmas tuvieron un carácter revisorio, a manera de la casación, en donde el justicia mayor amparaba las libertades del reino, en contra de las arbitrariedades que hubiesen cometido o que pudieran cometer el monarca y las demás autoridades.

El jurisfirma fue estatuido en el Privilegio General, otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la condición de fuero, por Pedro IV, en 1348, el cual ha sido comparado con la Carta Magna inglesa. Existían diversos tipos de firmas de derecho: *a*) las comunes o volanderas (denominadas así por la extensión y generalidad de su aplicación), que podían ser simples o motivadas; *b*) las causales, divididas en posesorias o titulares; *c*) las de agravios hechos y temidos; y *d*) las de apelación.

La decadencia y desuso de los procesos de firma se aprecia en el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, sobre administración de justicia; y posteriormente en los Decretos de Nueva Planta de 29 de junio de 1707, y especialmente por el decreto de 29 de julio de 1707, expedido por el primer rey borbónico, Felipe V.

Juan Rivera Hernández

Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de sentencias que emiten los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes supremos de la Constitución, en particular, a los fundamentos jurídicos o *ratio decidendi* de las resoluciones. Se relaciona con el concepto procesal de jurisprudencia, entendida como el conjunto de sentencias de los tribunales y la doctrina que se contiene en ellas, acepción que tiene su origen en el principio de *stare decisis* del derecho angloamericano. En este sentido, la jurisprudencia constitucional es también fuente formal de derecho en tanto produce normas jurídicas generales aplicables a casos futuros indeterminados.

En el sistema jurídico mexicano, la jurisprudencia constitucional —como doctrina del intérprete supremo de la Constitución— se forma a través de las decisiones pronunciadas en los distintos medios de control constitucional. Al respecto, el párrafo décimo del art. 94 constitucional reserva a la ley la fijación de los términos en que será obligatoria la jurisprudencia que produzcan los órganos del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

En las acciones de inconstitucionalidad y controversias constituyen jurisprudencia obligatoria las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos (art. 43 de la L. R.). Es decir, tratándose de estos medios de control constitucional, la ley contempla un sistema de precedentes en el que son las reglas explícitas o implícitas contenidas en la argumentación y que justifican la resolución del caso (*ratio decidendi)* las que resultan obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales federales y del orden común, cuando se cumpla con la votación exigida. Este sistema de precedentes difiere del tradicional sistema de "jurisprudencia obligatoria", surgido en el contexto del juicio de amparo, en donde no son las razones del fallo, sino el criterio identificado en una tesis publicada, el que reviste obligatoriedad.

En materia de amparo, la jurisprudencia puede establecerse: (i) por reiteración de criterios del Pleno o de las salas de la Suprema Corte Justicia de la Nación o por los tribunales colegiados de circuito; (ii) por contradicción de criterios, la cual se establece por los mismos órganos y, además, los plenos de circuito, o, (iii) por sustitución, a petición de los magistrados o ministros integrantes de un tribunal colegiado de circuito, un pleno de circuito o una sala de la Corte. La jurisprudencia se puede interrumpir y dejar de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie una sentencia en sentido contrario.

La jurisprudencia por reiteración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos. Las salas y los tribunales colegiados establecen jurisprudencia en los mismos términos, pero la votación requerida es de cuatro votos para las primeras, y unánime para los segundos.

La jurisprudencia por contradicción de tesis se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre los órganos del Poder Judicial de la Federación. Así, el Pleno de la Suprema Corte resuelve las contradicciones suscitadas entre sus salas; el Pleno o las salas del alto tribunal resuelven, según la materia, cuando se susciten entre los plenos de circuito de distintos circuitos, o en materia especializada de un mismo circuito o entre sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los tribunales colegiados de diferente circuito; los plenos de circuito, cuando se susciten entre los tribunales colegiados del circuito correspondiente. El órgano que resuelva puede acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso o declarar la contradicción inexistente o sin materia.

En materia electoral, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está facultado para emitir jurisprudencia, la cual se establece por la Sala Superior mediante la reiteración de un mismo criterio en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario o a través de la resolución de una contradicción de criterios entre dos o más salas, o entre estas y la Superior, o, por las salas regionales, mediante reiteración en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario. Esta jurisprudencia es obligatoria para las salas y el Instituto Federal Electoral, así como para las autoridades electorales locales en asuntos relativos a derechos político-electorales de los ciudadanos o en aquellos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de esas autoridades. A su vez, las contradicciones que puedan suscitarse entre las salas del Tribunal Electoral y las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deben ser resueltas por este último.

Adicionalmente a la jurisprudencia constitucional que generan los órganos del Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2010, determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también tiene fuerza vinculante para los jueces nacionales, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio. Las razones para ello se fundan en que dicha jurisprudencia dota de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual constituye parámetro de control de regularidad del ordenamiento jurídico mexicano. El carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos, en primer lugar, que cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico se determine con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; que en todos los casos en que sea posible, se armonice la jurisprudencia interamericana con la nacional, y que, de no ser posible, se aplique el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas, todo lo cual encuentra fundamento en las herramientas interpretativas que el art. 1o. constitucional impone a todos los operadores jurídicos.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Jurisprudencia de los tribunales constitucionales

1. El derecho constitucional, a la par de los otros sectores de la ciencia jurídica, tiene una importante base jurisprudencial. Tal característica ha sido consolidada en los Estados Unidos de América, donde se sostiene que la jurisprudencia de la Corte Suprema produzca efectos normativos, en concordancia a una regla que incluye las decisiones judiciales entre las fuentes del derecho. Pero también en otros sistemas donde vienen sistemas de justicia constitucional, algunos tipos de sentencia (en particular aquellas de inconstitucionalidad), vienen insertas en el catálogo de las fuentes del derecho. En algunos casos (España) el valor normativo de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales está disciplinado por las Constituciones, en otros es la consecuencia de los particulares tipos de sentencia adoptadas por los tribunales y por su autoritarismo.

Los tribunales han individualizado diversas modalidades de solución de controversias, no tanto sobre la base de una teoría abstracta, cuando tomados por la necesidad de ponderar los efectos de las propias decisiones y de calibrarlas sobre la base del impacto que puedan provocar sea sobre el sistema jurídico, sea en las relaciones con otros poderes del Estado, *in primis* con el Parlamento y con el Poder Judicial. Para tal fin, los tribunales constitucionales, a través de sus decisiones, tienden a instaurar un "diálogo", formas de colaboración con los otros poderes en el intento común de depurar los sistemas jurídicos de normas contrarias a la Constitución.

2. Los principales tipos de sentencias inspiradas a reglas entre Corte y legislador son constituidas por las sentencias c. d. "advertencias" y por aquellas finalizadas a reenviar en el tiempo los efectos de sus propios pronunciamientos.

Los jueces constitucionales recurren a las sentencias "advertencia" cuando están por afrontar cuestiones dotadas de un elevado grado de *politicidad* y prefieren limitarse a pronunciar su decisión en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sin llegar a declararla expresamente. En este caso, el juez constitucional introduce una escisión lógica entre la parte dispositiva y la motivación: la primera desestima la cuestión de constitucionalidad; la segunda, al contrario, deja entrever claramente que las dudas de constitucionalidad son fundadas. El juez en tal modo insta al legislador a intervenir.

En otros casos, el juez constitucional modula los efectos temporales de las decisiones de aceptación: de este modo, asegura al gobierno y al parlamento el tiempo necesario para colmar las lagunas provocadas por la decisión de aceptación. En general, tal resultado es obtenido adoptando: *a*) sentencias que constatan la incompatibilidad de una disposición respecto de las normas constitucionales, sin —aún— declarar su nulidad (sentencias de simple incompatibilidad, como en la República Federal de Alemania); *b*) sentencias que difieren efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición (como en el caso del Tribunal Constitucional austriaco).

Con otro tipos de sentencias los tribunales constitucionales no buscan un diálogo con el legislador, pero se sustituye a él: es el caso de las c. d. sentencias

"adhesivas" con las cuales una disposición es declarada inconstitucional en cuanto contiene una "laguna" y necesita de una integración normativa que da directamente el juez constitucional. En tal modo, el Tribunal introduce en el sistema normas nuevas, especialmente cuando el parámetro de la resolución de constitucionalidad es constituido por el principio de igualdad y de no discriminación.

Para limitar la interferencia con las prerrogativas parlamentarias que tales pronunciamientos determinan, en ocasiones, los tribunales constitucionales adoptan sentencias llamadas "adhesivas de principio". Con estas decisiones la Corte no introduce directamente en el sistema nuevas normas jurídicas, pero define los principios a los cuales el legislador mismo se deberá inspirar.

3. En los sistemas donde funciona la *judicial review*, la relación entre el control de constitucionalidad y la aplicación de las leyes se desarrolla en modo del todo lineal, desde el momento que la interpretación constitucional que los jueces deben utilizar al momento de aplicar una determinada disposición.

En este caso, la posibilidad de un contraste interpretativo entre la Corte Suprema y los jueces es anulado por las características del sistema: sea porque la jurisprudencia de la Corte constituye un precedente vinculante, sea en cuanto en caso de dudas interpretativas o ante una nueva causa, los jueces deben utilizar el instrumento de la *certification of questions,* mediante la cual la Corte Suprema revoca la cuestión o la reenvía al juez competente adjuntando instrucciones vinculantes.

Los contratos entre jurisdicciones constitucionales y gobierno parecen, por el contrario, difícilmente eludibles en los ordenamientos donde operan sistemas abstractos y centralizados de justicia constitucional: en este caso, el control de constitucionalidad está separado de aquel de legalidad y viene reservado exclusivamente a un órgano, generalmente externo al judicial. Como consecuencia, la autonomía interpretativa del juez se debe confrontar y contraponer con el monopolio interpretativo de los tribunales constitucionales por lo que concierne a la conformidad de las normas con la Constitución.

Para regular de mejor manera las relaciones con la magistratura común, los tribunales constitucionales han desarrollado dos tipos de pronunciamientos que han permitido limitar las posibilidades de conflictos y las interferencias: se trata de las decisiones correctivas y las sentencias interpretativas, sea de rechazo o aceptación.

Con los pronunciamientos c. d. "correctivos", el juez constitucional no aborda el fondo de la cuestión; se limita a detectar que una determinada interpretación dada por el juez no es la correcta, en cuanto no ha tomado en cuenta el criterio del tribunal, del derecho viviente o del significado evidente de la disposición.

Este resultado es técnicamente posible partiendo de la distinción teórica entre disposición y norma. La primera representa la expresión lingüística mediante la cual se manifiesta la voluntad del órgano que emite un determinado acto jurídico; la norma, al contrario, constituye el resultado de un proceso interpretativo realizado sobre la disposición y que puede conducir, mediante el uso de la hermenéutica jurídica, a recabar más de una norma de una sola

disposición o una sola norma de más disposiciones. Hecha la distinción, resulta relevante por cuanto permite separar la norma del significado lingüístico originario de la disposición y la *voluntas legis* adquiere autonomía en la confrontación con la *voluntas legislatoris*.

Con las "sentencias interpretativas de rechazo" la Corte aborda la situación de fondo, declarándola infundada, por cuanto es posible atribuir a la disposición impugnada un significado normativo diferente de aquel tomado por el juez o por el recurrente, conforme a la Constitución: la Corte, entre los posibles significados de una disposición, opta por aquel que considera compatible con la Constitución, dejando a un lado aquellos que podrían ser contrarios a la Constitución. En este caso, sin embargo, la interpretación ofrecida por la Corte no tiene efectos *erga omnes:* no es vinculante y puede imponerse solamente gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o por la autoridad del juez de las leyes.

En cambio, con las "sentencias interpretativas de aceptación", el juez constitucional elige, entre los posibles significados de una disposición, aquel incompatible con la Constitución y lo declara inconstitucional, mientras permanece abierta la posibilidad de dar a la disposición todos los demás significados. Con tal tipo de sentencia, el tribunal constitucional no elimina del sistema jurídico la disposición (como en las sentencias de aceptación), sino una de las normas que de tal disposición pueden obtenerse. La disposición, en otros términos, continúa siendo aplicada y, entonces, eficaz, con la excepción de la norma considerada inconstitucional.

Giancarlo Rolla

Jurisprudencia electoral

Cuando el sentido de la ley es dudoso, el juzgador tiene que echar mano de todos los recursos que le brinda la técnica interpretativa: declarativa, restrictiva, extensiva, progresista o evolutiva, gramatical, lógica-sistemática, histórica y finalista-teleológica.

La interpretación solo resulta posible cuando hay preceptos que así lo ameriten, pero cuando la cuestión sometida al conocimiento del juzgador no se encuentra prevista en el ordenamiento positivo, aquel no puede dejar de resolver. Si existe una laguna en la ley (que no en el derecho), debe el juzgador colmarla. La misma ley le ofrece los criterios que han de servirle para el logro de tal fin. Casi todos los códigos disponen que, en situaciones de este tipo, hay que recurrir a los principios generales del derecho o a la equidad.

La reiteración lisa y llana del texto legal en diversas sentencias no debe dar lugar a una tesis jurisprudencial: es más, dentro de las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, así como el Tribunal Electoral, se encuentra aquella referente al texto de la tesis que exige "...reflejar un criterio novedoso: por ejemplo su contenido no debe ser obvio ni reiterativo".

El contenido sustancial de las tesis relevantes y de jurisprudencia se encuentra en las ejecutorias y resoluciones jurisdiccionales emitidas conjunta-

mente por todos y cada uno de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, desde la elaboración del proyecto por el ponente y sus secretarios, el enriquecimiento de los contenidos, en las sesiones previas, con el conocimiento y la experiencia de los demás magistrados, hasta su culminación en la sesión pública de resolución, además de la depuración y aprobación final a la que todos dedican muchas horas, con empeño, con gusto, con total dedicación, lo que eleva, considerablemente, la calidad de la redacción y concisión de las tesis y de la fuerza expresiva de los rubros adoptados.

Las autoridades judiciales que cuentan con la facultad de formar jurisprudencia aplicable a la materia electoral, de la obligatoriedad de esta, son en primer término, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), con fundamento en los arts. 94 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los arts. 232 al 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En este sentido, el párrafo octavo del art. 94 constitucional contempla que "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación". Asimismo, el art. 99 constitucional habla sobre la jurisprudencia electoral y el procedimiento relacionado con la fijación de la jurisprudencia.

Las salas regionales pueden establecer jurisprudencia con cinco sentencias no interrumpidas y ninguna en contrario, sostienen el mismo criterio de aplicación, interpretación e integración de una norma, siempre y cuando dicho criterio lo ratifique la Sala Superior del TEPJF; para ello la sala regional respectiva lo comunicará a la Sala Superior, a fin de que determine si procede fijar jurisprudencia.

La facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se establece en razón de lo expresado en el primer párrafo del art. 99 constitucional, que refiere: "El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la frac. II del art. 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación". Por lo que estamos en presencia de una excepción de la supremacía del TEPJF en su materia, la cual repercute en la jurisprudencia electoral, es decir, nos remitimos a la frac. II, del art. 105 constitucional, que dice: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución". De manera que cuando en forma directa o al resolver en contradicción de criterios entre la establecido por la jurisprudencia sustentada por el TEPJF y que pueda ser contradictoria con una sostenida por las salas o el Pleno de la SCJN, cualquiera de los ministros, de las salas o las partes podrán denunciar la contradicción para que el Pleno de la SCJN, determine cuál criterio habrá de prevalecer en adelante. O bien, cuando alguna de las personas señaladas en la frac. II, del art. en comento, promuevan una acción de inconstitucionalidad, en tal caso, el criterio sustentado por la SCJN será

obligatorio para el TEPJF, por lo que, en general, el único órgano facultado para interpretar la Constitución y dirimir controversias relativas a ella es la SCJN.

Los órganos encargados de impartir justicia electoral, y aun los administrativos de la materia, están obligados a acatar la jurisprudencia, excepto la SCJN. Ya hemos visto que tanto el TEPJF como la SCJN están facultados para emitir jurisprudencia electoral. Así pues, la jurisprudencia emitida por el Tribunal será obligatoria para los siguientes órganos:

— Sala Superior del TEPJF;

— Salas regionales del TEPJF;

— Instituto Federal Electoral;

— Autoridades electorales locales (tribunales, consejos, institutos, etcétera), y

— Colegios electorales.

A su vez, la jurisprudencia emitida por la SCJN será obligatoria para las salas del TEPJF, tanto la Superior como las regionales.

La jurisprudencia del Pleno de la SCJN será obligatoria para el TEPJF, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los casos en que resulte exactamente aplicable.

Será obligatoria para las salas del TEPJF, la jurisprudencia que emite la SCJN, pero solo aquella establecida por el Pleno de la Corte, no así las de las salas, ni la de los tribunales colegiados de circuito, ya que el art. 94 de la Constitución remite que sea la ley secundaria la que fije los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación, por lo que debe estarse al art. 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Será obligatoria en todos los casos para la Sala Superior y para las salas regionales, la jurisprudencia dictada por el TEPJF, según el art. 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y para que resulte obligatoria se requiere la declaración formal de la Sala Superior, de conformidad con el último párrafo del art. 232 de la referida Ley Orgánica.

En materia electoral, el sistema de formación de la jurisprudencia por reiteración aparece por primera vez en 1991, a pesar de que el Tribunal de lo Contencioso Electoral, desde 1988, editó una obra que contenía los principales criterios sustentados por dicho órgano jurisdiccional; pues tal compilación, en una nota aclaratoria, sostuvo correctamente que dichos criterios solo tenían "...el propósito de ofrecer una información sistematizada de esos proveídos; ya que la normatividad legal que le es aplicable (artículo 60 de la Constitución Política y el Código Federal Electoral), no previene la integración de jurisprudencia en materia electoral".

A partir de 1996 este sistema incluye tanto a la Sala Superior, cuando en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de la norma, como a las salas regionales que en su caso debe sostenerse en cinco sentencias. Esta jurisprudencia no solo obliga a las salas del propio Tribunal, sino como se dijo anteriormente, a las autoridades electorales federales y locales.

El sistema de integración de jurisprudencia por reiteración requiere además de otro elemento indispensable, no basta la sola repetición del criterio en el número de veces ordenado por el legislador, sino que es necesario contar con la declaración formal de la Sala Superior para que el criterio de jurisprudencia resulte obligatorio, así lo sostiene a la letra el art. 232 último párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En otras materias, como el juicio de amparo, la jurisprudencia que deriva de este sistema resulta obligatoria aun sin que se haya redactado el texto, basta tan solo la existencia del quinto precedente en el mismo sentido.

El segundo sistema tradicional de integración de la jurisprudencia en materia electoral lo constituye el denominado por unificación.

Este sistema consiste en que una sola sentencia forma jurisprudencia; no se requiere de la reiteración o repetición del criterio contenido en ella, sino de que dicho fallo sea el que dirima una contradicción de tesis.

La regla general es que solo existe contradicción de tesis de jurisprudencia entre sí o de una tesis de jurisprudencia con una tesis aislada, emitidas por salas diversas, pues si son emitidas por la misma sala no estaremos en presencia de una contradicción, sino de una interrupción de tesis. Sin embargo, en materia electoral este sistema por unificación acarrea ciertas excepciones a la regla general antes referida, pues la ley permite su procedencia aun entre criterios que ni son tesis de jurisprudencia, ni son tesis aisladas (ahora denominadas tesis relevantes), sino meras consideraciones en los fallos emitidos por dos o más salas regionales.

El citado art. 232, frac. II, de la Ley Orgánica, señala que la jurisprudencia del TEPJF será establecida cuando las salas regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma y la Sala Superior lo ratifique.

La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral señala que para la resolución de los medios de impugnación, las normas se interpretarán conforme a los criterios: gramatical, sistemático y funcional. Y a falta de disposición, se aplicarán los principios generales del derecho, asimismo, contemplar la conservación de la libertad de decisión política y el derecho de autoorganización de los partidos políticos, respecto de las controversias internas de los partidos políticos sometidas a la jurisdicción del órgano jurisdiccional en materia electoral.

La interpretación que los tribunales hacen en materia electoral es por regla general de estricto derecho, dichas resoluciones se apegan con fidelidad al texto de las leyes, evitando así la aplicación de la ley de manera extensiva, ni la suplencia de la misma de manera genérica.

Sin embargo, las prescripciones constitucionales no gozan del mismo detalle del que cuenta una ley secundaria, existen principios abstractos y genéricos, por lo que los tribunales electorales desarrollan una interpretación constitucional, en la que no están constreñidos al texto de la norma constitucional, en razón de la imposibilidad de encontrar en la norma constitucional el detalle, singularidad y especificidad que podría encontrarse en la ley electoral. Por lo que en el caso de la interpretación constitucional, son los principios constitucionales de contenido electoral los que corresponde apreciar en cada caso y

en su momento interpretar, para dotar de un contenido específico, ajustado al caso en análisis, al principio que se invoque para justificar la resolución.

Por tanto, la interpretación que desarrolla el TEPJF, y en general todos los tribunales electorales del país, no pueden tener la misma característica que la interpretación gramatical de la ley, ya que en el caso de la interpretación constitucional, son los principios los que deben ser apreciados por el juez, siempre con mayor liberalidad y amplitud de criterio, con la intención de potenciar los derechos políticos.

En razón de las múltiples reformas, adiciones y modificaciones o derogaciones que ha sufrido el texto constitucional, algunos de los principios establecidos en esta generan contradicción con otros inmersos de igual manera en el contenido de la misma, por lo que se debe ser cuidadoso cuando se habla de interpretación constitucional. De tal suerte que hay que hacer una interpretación integral de la Constitución, de manera sistemática, ponderando qué principios deben prevalecer cuando la Constitución nos muestre principios contradictorios.

El hecho de que el TEPJF sea un órgano de última instancia nos permite afirmar que lleva implícita la obligación de desempeñar las atribuciones constitucionales y legales de la mejor manera. Es un reto del que depende la democracia y los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos y que solo se logrará a base de una interpretación constitucional extensiva, abierta, progresista, y que dé la pauta a los ciudadanos para hacer valer sus derechos.

La reforma constitucional de 2007 tomó en cuenta la convivencia y tesis relevantes del TEPJF, es decir, se encuentra íntimamente conectada con la jurisprudencia electoral más relevante expedida; dicho hecho es relevante puesto que finalmente la jurisprudencia representa la aplicación de la ley en casos concretos en problemas específicos cuya resolución la ley no contempló. La utilización de precedentes de tribunales internacionales dentro de la interpretación jurisdiccional es consecuencia derivada de la Constitución, que le otorga a los tratados internacionales fuerza de ley suprema de la unión; es por ello que las resoluciones de organismos creados por tratados internacionales, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen fuerza de precedente, como lo ha venido realizando el TEPJF. Sin embargo, la interpretación jurisdiccional no se debe limitar aquí; ampliar la consulta a resoluciones de tribunales constitucionales de otras latitudes, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Estados Unidos, e incluso de la Suprema Corte de Canadá, proporcionan valiosos criterios orientadores, al ser innegable la actual globalización judicial que se vive; por tanto, es importante la atención a los criterios de otros órganos jurisdiccionales en materia de derechos civiles y políticos.

Manuel González Oropeza

Jurisprudencia por razón fundada

La Constitución de México se reformó el 31 de diciembre de 1994 para crear las acciones de inconstitucionalidad y fortalecer diversos aspectos de las controversias constitucionales; lo anterior dio lugar a que el 11 de mayo de 1995

se publicara la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución.

En estos mecanismos de control constitucional se prevé la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declare la invalidez de una norma general con efectos *erga omnes*, y que esta invalidez se extienda a todas las normas que dependan de la norma invalidada.

Entre las innovaciones en estos mecanismos de control se encuentra la confección de un tercer sistema de conformación jurisprudencial, pues además de la jurisprudencia que establecen los órganos jurisdiccionales bajo los sistemas de reiteración y de unificación de criterios, se configuró la jurisprudencia por razón fundada.

El art. 43 de la ley mencionada dispone que las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, son obligatorias para las salas, plenos de circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, tanto federales como locales.

Si bien la ley reglamentaria no hace referencia expresa a la conformación de la "jurisprudencia" en estos procesos constitucionales, el hecho de que las razones contenidas en los considerandos se consideren como tal tiene sustento, entre otros preceptos, en el art. 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el cual reconoce la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales federales emitan jurisprudencia en ejecutorias que pronuncien en asuntos distintos al juicio de amparo.

Lo anterior se robustece tomando en consideración que la esencia de la jurisprudencia subyace en el hecho de que un órgano jurisdiccional emita criterios vinculantes para otros órganos encargados de la impartición de justicia, situación que es regulada de dicha forma en el art. 43 de la Ley Reglamentaria citada.

Respecto de la jurisprudencia por razón fundada se tienen seis aspectos que determinan su existencia y obligatoriedad, como se aprecia a continuación:

— El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único facultado para emitirla.

— Únicamente se puede configurar derivado de las sentencias que dicte en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

— Se requiere un criterio para que se conforme.

— Se debe sustentar en las razones contenidas en los considerandos que fundan los resolutivos de las sentencias.

— Se requieren ocho votos de los ministros respecto del criterio que se aprueba.

— Es obligatoria para los órganos jurisdiccionales federales y locales.

Por último, debe replantearse si en efecto existe justificación para que el máximo órgano de impartición de justicia emita jurisprudencia en mecanismos de control de constitucionalidad de una forma compleja y de una forma simplificada; el primer supuesto bajo la Ley de Amparo por la reiteración

de cinco precedentes, y el segundo supuesto, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, al requerirse un solo precedente.

Mauricio Lara Guadarrama

Jurisprudencia por reiteración de criterios

Para abordar la voz compuesta "jurisprudencia por reiteración de criterios", necesariamente debemos partir de la concepción jurídica de la jurisprudencia, entendida como la producción interpretativa y, en ciertos casos, como una función integradora ante la ausencia de normas (lo que no siempre es aceptado), que llevan a cabo los tribunales por un determinado número de veces, y cuya formación se encuentra generalmente a cargo de un órgano jurisdiccional de carácter superior.

En ese contexto, la jurisprudencia, acorde con distintos sistemas jurídicos, puede ser una fuente de derecho de mayor o menor importancia, cuya implementación y regulación en ocasiones alcanza el nivel constitucional, pero otras veces solamente está contemplada en normas generales secundarias. En el derecho anglosajón se considera a la jurisprudencia como una importante fuente jurídica, y algo semejante ocurre en países como México, en donde distinguidos doctrinarios le dan ese carácter, a pesar de que resulta obvio mencionar que los alcances y conformación son diversos.

La acumulación de precedentes en un mismo sentido, sin ninguna resolución en contrario, bajo determinadas circunstancias y condiciones, da lugar a la fijación de criterios firmes que pueden resultar obligatorios para órganos judiciales de menor rango, como ocurre en el caso de España, Guatemala y México. La importancia y valor de la jurisprudencia por reiteración, radica, por supuesto, en que la forma de resolver determinados negocios judiciales es utilizada para fallar casos iguales o análogos en un mismo sentido. La uniformidad de criterios que se alcanza empata perfectamente con un objetivo central generalmente atribuido a la jurisprudencia, que es generar seguridad jurídica en los justiciables, aun cuando esta no se consigna de manera absoluta por el dinamismo interpretativo que pueden generar otros criterios por encima de los previamente establecidos.

Por supuesto, el origen de la jurisprudencia se encuentra justamente en las resoluciones o sentencias, pero sobre todo interesa el criterio en ellas contenido, que constituye lo que se conoce como precedente, que formalmente puede incluso ser redactado de manera independiente al fallo, pero siempre en estricto apego a lo considerado en él. Por sí mismo, en distintos países, el precedente llega a tener fuerza de vinculación moral, puesto que es, muchas veces, resultado de un trabajo jurisdiccional de un ente supremo al que se le supone con una importante autoridad y solvencia ética, y que por tanto se le dispensa respeto; sin embargo, ello no implica un acatamiento forzoso en sistemas jurídicos que contemplan el proceso de reiteración como fundante de la jurisprudencia. Bajo cualquier perspectiva, el precedente judicial, que en algunos lugares se conoce como tesis aislada o incluso tesis de ejecutoria, es un referente objetivo y valioso que tiene una gran utilidad para que los jueces

y tribunales examinen el criterio que sustenta el precedente y resuelvan conforme a su arbitrio el caso concreto; se trata entonces al menos de una visión preliminar autorizada de cómo podría resolverse el asunto, sin que exista una sujeción absoluta al criterio que sustenta el indicado precedente, lo que incluso puede llegar a ser enriquecedor en el debate interpretativo y argumentativo que lleve a la autoridad jurisdiccional a una conclusión final.

Por otra parte, el número de precedentes que lleguen a fijar los legisladores o los órganos judiciales para formar jurisprudencia es un tema sumamente interesante que amerita algunos comentarios. Un primer punto que podría someterse a reflexión, tendría que ver con el número de precedentes que se pudiera estimar como el más conveniente para dar nacimiento a una jurisprudencia. Por muchos años, en el juicio de amparo mexicano, verbigracia, se ha establecido la formación de la jurisprudencia con motivo del pronunciamiento de cinco ejecutorias uniformes sin ninguna en contrario, de tal forma que la pregunta que podríamos formular es si ese número resulta o no el más adecuado o podría pensarse en un número mayor o menor. Al respecto, es muy importante tomar en cuenta, en principio, los efectos obligatorios que conlleva la emisión de una jurisprudencia, lo que a su vez nos conduce a ponderar si por razones de seguridad jurídica debe alargarse la espera de la fijación de un criterio mientras no se resuelvan un total de cinco asuntos, o bien, sería mejor reducir el número de reiteraciones a tres o quizás dos, como ocurre en España, con la finalidad de generar certidumbre en un lapso más corto en beneficio de los gobernados. Esta primera postura sería atendible justamente por lo positivo que resultaría contar con una directriz que en un menor tiempo generara certidumbre, pero en una postura de mayor apertura y prudencia, igualmente podrían proporcionarse buenas razones para considerar que el sometimiento de cinco asuntos a debate, y más aún si se resuelve esa cantidad de asuntos en sesiones o audiencias distintas, permite una reflexión más profunda al órgano emisor del precedente, lo que pudiera generar que se aprecien otros panoramas metodológicos o puntos de vista disímbolos que no se hubieran tenido en cuenta al emitir el primer o primeros precedentes.

En un ángulo optimista, la jurisprudencia por acumulación o reiteración de criterios es un mecanismo jurídico que propicia un trabajo judicial de gran solidez en la consolidación de la doctrina judicial, que a su vez incide en la construcción de una consistente cultura jurídica derivada de la experiencia abrevada por los jueces y tribunales en su quehacer cotidiano, siempre bajo la condición de que los criterios obligatorios que resulten puedan ser modificados o abandonados si se encuentran razones suficientes.

Dicha condición esencial permitiría en todo momento generar nuevas respuestas judiciales para la solución de problemas que puedan resultar más justas y equitativas. De esa manera se rompería en todo momento la posibilidad de que se emitieran criterios únicos y definitivos, impidiendo la evolución del derecho.

La integración de la jurisprudencia en la forma a que nos hemos referido, asume la complejidad que existe en el fenómeno jurídico, pero busca empatarlo con la realidad circundante en constante transformación.

A pesar de lo anterior, una crítica que pudiera hacerse a este sistema jurisprudencial, como a cualquier otro procedimiento del que emana jurisprudencia obligatoria, es el que con su implementación se inhiban las facultades creativas de los jueces y se obstruya su arbitrio judicial con el establecimiento de soluciones anticipadas.

Walter Arellano Hobelsberger

Jurisprudencia por unificación de criterios

La unificación de criterios es una de las formas en que se puede integrar la jurisprudencia. El principio de contradicción, a virtud del cual se establece que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, es lo que, de acuerdo con la lógica formal aristotélica, en principio justifica racionalmente la institución que se analiza, pero igualmente con la lógica no formal o dialéctica es posible explicar la importancia que tiene la unificación de criterios, ya que no resulta razonable que, en los mismos momento y espacio, existan dos o más criterios jurídicos formalmente válidos, en distintos sentidos, para resolver un mismo problema de hecho o de derecho.

La jurisprudencia por unificación de criterios o por contradicción, como también se le conoce, permite superar conflictos interpretativos que se suscitan entre dos o más tribunales de la misma o de diferente jerarquía, que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales cotidianas sostienen puntos de opinión discrepantes, opuestos o contradictorios.

Es bien sabido que los precedentes interpretativos, ya sean o no vinculatorios, no están llamados a regir para siempre, lo que es implícita y explícitamente admitido en diversos sistemas jurídicos contemporáneos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de América existe una figura jurídica conocida como *overruling*, por medio de la cual se establece la posibilidad de que la Suprema Corte de Justica deje sin efectos sus precedentes. Ahora bien, si se trata de tesis o precedentes aislados que entran en pugna, o de criterios que ya integran jurisprudencia, o un precedente y una jurisprudencia opuestos, menos aún se justifica su permanencia y, en tal caso, no solo es posible, sino conveniente, que se busque una línea interpretativa que disuelva la oposición, para establecer cuál criterio debe prevalecer, o se dé lugar a la formación de uno nuevo, que puede ser distinto de los que se encontraban en contradicción.

Un sector de la doctrina especializada se refiere a la discrepancia de criterios como algo connatural a la labor jurisdiccional y no como un mal en sí mismo, o bien, como una incidencia que se considere negativa o indeseable, con lo cual convenimos enteramente, pues el derecho, por su propia naturaleza, y en especial porque la conducta humana que regula reviste un sinnúmero de matices y suelen existir varios caminos interpretativos en torno a las normas jurídicas, se abre a un muy fértil campo de opinión y debate. Es justo ello lo que nos lleva a considerar a nuestra disciplina científico social como una rama del saber humano de alta complejidad, que no previene respuestas únicas y definitivas. En otras palabras, las decisiones jurídicas que se lleguen a dar están impregnadas con frecuencia de un alto sentido de opinabilidad por

la esencia misma del fenómeno jurídico, situación que justifica plenamente las posiciones antagónicas que en sus quehaceres cotidianos asumen los jueces y tribunales.

Es siempre muy atendible la idea de que las discrepancias interpretativas o integradoras se resuelvan por parte de un órgano judicial superior, que podrá ser la máxima instancia de justicia de un país, funcionando en pleno, a veces con votación calificada, fijando el criterio que debe prevalecer en un ámbito y momentos determinados, ya sea en materia de constitucionalidad o de exclusiva legalidad. Esta verticalidad genera mayor certidumbre en los gobernados, quienes estarán atentos al criterio que finalmente se llegue a tomar y que en lo sucesivo deberá regir su actuación, así como la de los jueces y tribunales.

Un problema natural en una decisión que unifica criterios jurisprudenciales, se refiere a si el nuevo criterio tendrá o no influencia en los asuntos ya decididos en uno u otro sentido. Al respecto, la solución que legisladores o los propios órganos jurisdiccionales han encontrado, es en el sentido de que el nuevo criterio surgido con motivo de la contradicción sometida a la potestad jurisdiccional no afecte situaciones jurídicas que hubieran sido decididas anteriormente. Esta solución tiene la bondad de ser respetuosa con la cosa juzgada, impidiéndose con ello que al dirimir un conflicto interpretativo se genere una segunda instancia o incluso una tercera.

En algunos sistemas normativos, como acontece en el caso del juicio de amparo en México, se considera a la uniformidad de criterios como una exigencia fundamental que pretende generar seguridad en el orden jurídico. Sin embargo, ha de reconocerse que no se trata de una seguridad jurídica absoluta, de carácter permanente y definitivo, pues la evolución interpretativa de la propia jurisprudencia, así como el dinamismo del fenómeno jurídico, puede legítimamente marcar pautas que a su vez conduzcan al abandono de los nuevos criterios de jurisprudencia originados, o bien a retomar posturas que se habían asumido anteriormente.

Los mecanismos o procedimientos que se pueden emplear para alcanzar la unidad interpretativa son muy diversos y comprenden múltiples cuestiones, como los supuestos de su procedencia, los agentes, personas o entes legitimados para denunciar la contradicción de criterios, las autoridades jurisdiccionales que pueden sustentar criterios susceptibles de entrar en pugna, así como los alcances del criterio que llegue a surgir, y la vinculación u obligatoriedad de la jurisprudencia que dirima el conflicto interpretativo o integrador, sin desatender, por supuesto, los órganos jurisdiccionales que deben acatar el nuevo criterio que ha surgido.

En el caso mexicano, la jurisprudencia por contradicción ha sido muy prolífica, al grado que se le puede considerar como un factor trascendente en la evolución de la cultura jurídica. En un esfuerzo por ir perfeccionando sus procedimientos, la jurisprudencia ha establecido como exigencias para estimar la existencia de contradicción de criterios las siguientes: *a*) el examen de cuestiones jurídicas esencialmente iguales y la adopción de posiciones o criterios jurídicos discrepantes; *b*) la diferencia de criterios ha de presentarse

en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de los fallos correspondientes, y *c*) los distintos criterios deben provenir del examen de los mismos elementos.

Walter Arellano Hobelsberger

Justicia constitucional electoral

Es el sistema de protección de los principios constitucionales en materia electoral. Se integra por los medios de impugnación a cargo de órganos jurisdiccionales especializados. Este conjunto de medios jurídicos técnicos de impugnación o control de los actos, resoluciones y procedimientos electorales se substancian ante un órgano de naturaleza jurisdiccional para garantizar la regularidad constitucional de las elecciones, cuya principal finalidad es la protección y conservación de los principios constitucionales en materia electoral, entre los que se encuentran la certeza, la objetividad, la imparcialidad, la autenticidad, la transparencia y la libertad electoral.

En este sentido, la justicia electoral tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, en la transmisión y desempeño del poder; en la elección de los poderes Ejecutivo y Legislativo de la unión y de las entidades federativas, así como de los munícipes y otros funcionarios municipales; en el ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos; en el control de la constitucionalidad de las leyes electorales; así como en la definitividad e inatacabilidad de los actos realizados durante el proceso electoral.

Por ser de carácter especializado, los medios de control de la constitucionalidad en materia electoral se encuentran encomendados a tribunales constitucionales u órganos supremos del Poder Judicial. En México, la justicia constitucional electoral está a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de los tribunales y salas electorales de las entidades federativas. Esto último considerando la corriente que sostiene que la justicia electoral es justicia constitucional, al fundar sus resoluciones en los principios constitucionales en materia electoral.

Debe señalarse que el Tribunal Electoral, a partir de su incorporación al Poder Judicial de la Federación, en 1996, ha asumido una postura más moderna en la interpretación y argumentación jurídica, propias de tribunales constitucionales. Este tipo de argumentación se conjugó en un contexto en el que se necesitaba resolver eficazmente los conflictos, lo que obligó a quienes integraban el Tribunal a asumir una actitud creativa. Esta visión ha privilegiado, conforme a los principios constitucionales, los derechos políticos, postura que identifica el actuar institucional con el garantismo jurídico, y de hacer valer los principios constitucionales relacionados.

Esto se encuentra a tono con la idea de que la Constitución federal y las de los estados son las normas que establecen y determinan los principios electorales, por lo que los principios que rigen la materia electoral no se reducen únicamente al ámbito de la ley, sino que tienen además un evidente sustento en la Constitución, misma que establece principios que no son solo buenos deseos, pues no se puede concebir a la Constitución como un instrumento

programático-político, sino como una norma jurídica, la ley fundamental. Así, resulta lógica la pretensión de que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales, así como de los actores políticos, se sujeten a tales principios constitucionales. Ello sin obviar el contenido e interpretación de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, de donde pueden extraerse también principios aplicables en la materia electoral.

La justicia constitucional electoral presenta dos aspectos: el control abstracto que se realiza a través de la acción de inconstitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y el concreto, desarrollado a través de los medios de impugnación reconocidos a los tribunales federal y locales en materia electoral. El primero se ocupa del control de leyes, mientras que el segundo sirve para revisar el ajuste constitucional de actos y resoluciones de las autoridades electorales.

Así, respecto al control de leyes electorales federales y locales, se reconoce como vía adecuada la acción de inconstitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este mecanismo procesal tiene por objeto plantear la posible contradicción entre la norma electoral y la Constitución federal, exigiéndose que las normativas electorales deben promulgarse y publicarse noventa días antes del inicio del proceso electoral en que habrán de aplicarse, a efecto de que el órgano revisor tenga la oportunidad de pronunciarse sobre las mismas y se genere certeza sobre el marco jurídico aplicable. El fallo de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la expulsión del sistema normativo de dicha norma contraventora de la Constitución.

En el caso de los actos y resoluciones, debe considerarse que se reconoce como principio la posibilidad de conservar los actos válidamente realizados; sin embargo, será el análisis jurisdiccional el que determine si se declara legal y constitucional la actuación sometida a escrutinio. A partir del contenido de la Constitución mexicana (art. 99), el legislador federal estableció en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, entre otros, los siguientes medios de justicia constitucional electoral:

Recurso de apelación. Sirve para combatir la generalidad de los actos o resoluciones del Instituto Federal Electoral, concretamente las resoluciones del Consejo General, Junta General Ejecutiva, presidente del Consejo General, órganos unipersonales del propio Instituto a nivel local o distrital, como vocales ejecutivos de las juntas locales o distritales, o los consejeros presidentes de los consejos locales o distritales.

Juicio de inconformidad. Se emplea para cuestionar la validez de una elección, la legalidad de los resultados asentados en las actas de cómputo; el otorgamiento de las constancias de mayoría y validez de la elección, en las elecciones de diputados, senadores y presidente de la República.

Recurso de reconsideración. Sirve para impugnar la determinación dictada por una sala regional que declara la validez de las elecciones de diputados y senadores en cada uno de los distritos uninominales y en cada una de las entidades federativas de su circunscripción emanada de un juicio de inconformidad.

Juicio de revisión constitucional. Se emplea para impugnar actos o resoluciones definitivas de autoridades competentes en las entidades federativas para

organizar y calificar los comicios o resolver controversias que surjan de los mismos.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Sirve para impugnar actos y resoluciones que violen los derechos de los ciudadanos a votar, ser votados, de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, así como para integrar órganos electorales.

La mayoría de las Constituciones y legislaciones procesales electorales en el ámbito local mexicano establecen similares instrumentos procesales, mismos que son del conocimiento de los tribunales y salas especializadas en la materia electoral. Aquí cabe señalar que la mayoría de los órganos electorales, administrativos y jurisdiccionales, tienen en la actualidad el carácter de permanentes.

En el mismo tenor, la Constitución mexicana otorga al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la facultad de decidir sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, especialmente pensada para los casos en los que un ciudadano pretendiera impugnar la constitucionalidad de una norma electoral que le haya sido aplicada y que considera contraria a la ley suprema, toda vez que dicho ciudadano carece de legitimación procesal para ejercer la acción de inconstitucionalidad, limitándose dicha resolución únicamente al caso concreto sobre el que versa el juicio. Este mecanismo complementa el modelo donde la acción de inconstitucionalidad está limitada por la legitimación activa reconocida a determinados sujetos.

David Cienfuegos Salgado

Justicia constitucional local

Los ordenamientos jurídicos compuestos se caracterizan por integrar diversos órdenes normativos con ámbitos de validez determinados que encuentran plena racionalización en una norma fundamental. Regularmente cada uno de esos órdenes obtiene el fundamento de su validez en un texto constitucional, de forma tal que el orden jurídico nacional se desprende de una Constitución general, mientras que los ordenamientos jurídicos parciales dependen de Constituciones particulares que, a su vez, están sometidas a la observancia de los principios establecidos en la primera.

Esta doble dualidad constitucional es la premisa básica para entender la doble caracterización que adquiere la justicia constitucional. La aplicación vinculante de la Constitución nacional, llevada a cabo por tribunales ordinarios, o bien, por tribunales especializados, de manera concentrada o difusa, a través de específicos instrumentos procesales de tutela o bien de procesos jurisdiccionales ordinarios, representa el contenido de la noción "justicia constitucional". Sin embargo, en Estados que se caracterizan por su descentralización tanto política como jurídica, se ha desarrollado el concepto de "justicia constitucional local" para hacer referencia a la actividad de tutela de la Constitución estatal dentro de específicos ámbitos de actuación competencial, siempre que se lleve a cabo por jueces estatales ordinarios o especializados, en ejercicio de un control concentrado o difuso, y en el contexto de específicos procesos constitucionales, o bien, de procesos de carácter ordinario.

La experiencia comparada indica que la justicia constitucional local es un rasgo característico de países como Alemania, Argentina, Brasil y México, ya que derivado de su connotación de Estados federales han establecido tribunales constitucionales en sentido estricto o jurisdicciones constitucionales para el conocimiento de procesos específicos para la tutela de la constitución del *Länder*, del estado o de la entidad federativa, o han habilitado a sus jueces ordinarios para que al interior de cualquier proceso jurisdiccional realicen ejercicios de compatibilidad entre las disposiciones de derecho ordinario estatal y su Constitución.

Alemania destaca por que la justicia constitucional estatal se ejerce por tribunales constitucionales que existen en 16 de sus *Länder*, con excepción de Schleswig-Holstein, cuyas competencias se encuentran diversificadas, pero es común que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas del *Land* vía recurso directo o de amparo, conflictos entre órganos constitucionales, control previo de constitucionalidad y contenciosos electorales. En Argentina, la principal experiencia de justicia constitucional local se encuentra fundamentalmente en Buenos Aires, a través del conocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia. En Brasil, cada uno de sus 27 estados cuenta con una justicia constitucional estatal de carácter marcadamente concentrado a través de las acciones directas de inconstitucionalidad que pueden conocer los tribunales de justicia de cada entidad.

En México, la revalorización de las Constituciones estatales se produjo en el 2000, como consecuencia de la reforma integral de la Constitución del Estado de Veracruz. Más allá de su consideración como documento que da forma jurídica al poder estatal, el texto veracruzano se caracterizó por reivindicar su cualidad de norma jurídica vinculante mediante la instauración de un auténtico sistema de justicia constitucional local, que desde la propia Constitución abrió el espacio para especificar los órganos de garantía judicial del texto y el conjunto de instrumentos procesales bajo los cuales procedería la tutela constitucional. Esta experiencia se expandió rápidamente al interior del país, generando importantes reformas constitucionales en los estados de Coahuila, Guanajuato y Tlaxcala en 2001, Chiapas en 2002, Quintana Roo en 2003, Nuevo León y el Estado de México en 2004, Querétaro en 2008, Nayarit en 2009 y Oaxaca en 2011.

Las entidades federativas aludidas se caracterizan esencialmente por haber creado jurisdicciones constitucionales de tipo concentrado —el único caso de un sistema mixto, concentrado y difuso, es el de Coahuila— que habilitan al Tribunal Constitucional (Chiapas), al Pleno del Tribunal Superior de Justicia (Veracruz, Coahuila, Guanajuato, Quintana Roo, Tlaxcala, Nuevo León y Oaxaca), a la Sala Constitucional (Veracruz, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit y Querétaro), o a dos de estos órganos (el Pleno y la Sala Constitucional en Veracruz y Quintana Roo) a llevar a cabo el control de la constitucionalidad.

El conjunto de procesos y procedimientos constitucionales a través de los cuales se lleva a cabo dicho control incorpora inicialmente a las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, presentes en todos

y cada uno de los estados referidos; los juicios de tutela de los derechos fundamentales se reconocen en Veracruz, Tlaxcala, Nayarit, Oaxaca y Querétaro; las acciones por omisión legislativa se encuentran en Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Querétaro y Coahuila; las cuestiones de inconstitucionalidad están en Veracruz, Chiapas y Oaxaca; el control previo de constitucionalidad únicamente se estipula en Oaxaca; el juicio de protección de intereses difusos o colectivos solamente aparece en Querétaro, y el recurso sobre los actos del Ministerio Público que vulneren derechos está presente en Veracruz y Quintana Roo.

Las demás entidades federativas del país se caracterizan por establecer como reminiscencia histórica la figura de la controversia constitucional y conceder su substanciación al tribunal superior de justicia correspondiente. Este proceso constitucional no se encuentra regulado legislativamente y, además, prácticamente no es utilizado como mecanismo de resolución de conflictos entre órganos del estado o niveles del gobierno local. La figura aparece en Colima, Durango, Guerrero, Morelos y Zacatecas.

Sin embargo, el punto de inflexión que para el sistema jurídico mexicano ha significado la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla* de noviembre de 2009, la trascendente reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, y los expedientes *varios* 489/2010 de septiembre de 2010 y 912/2010 de julio de 2011, resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han derivado en el reconocimiento de que todos los jueces del país son ahora "jueces constitucionales y convencionales", habilitados para realizar un examen de compatibilidad, con efectos vinculantes, entre actos y disposiciones normativas internas y un parámetro de control conformado fundamentalmente por los derechos contenidos en la Constitución general de la República y los tratados internacionales, con la consecuente inaplicación o declaración de invalidez de conformidad con las competencias que cada uno tenga atribuidas.

La distinción entre juez federal y juez estatal no es relevante para adquirir la connotación de juez constitucional. Sobre las espaldas de todos los jueces, sin importar jerarquía, materia, grado, competencia o instrumento de tutela procesal, recae la exigibilidad de los derechos fundamentales reconocidos en un parámetro que se desdobla en varios niveles, y donde el criterio distintivo fundamental recae en la habilitación para expulsar normas del ordenamiento jurídico o únicamente para inaplicarlas.

En este sentido, el sistema de justicia constitucional local tiene una vertiente concentrada allí donde es un juez especializado el que ejerce el control al interior de determinados instrumentos de tutela constitucional, y una renovada vertiente difusa que obliga a todos los jueces locales a realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* bajo un doble parámetro de constitucionalidad, conformado por la Constitución general de la República y la particular de la correspondiente entidad federativa.

César Astudillo

Justicia constitucional (modelos)

Un modelo reagrupa, con una forma ordenada, un cierto número de datos dispersos a fin de darles una coherencia. El uso de modelos permite, por un lado, establecer una coherencia en el interior de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales, y por otro, clasificar entre ellos, de manera racional, los diversos elementos comparados, con el resultado de facilitar la utilización de los datos.

Un modelo puede entenderse como *Rechtstypus* (tipo jurídico), individualizado a través de la comparación y que, por ende, porta consigo características comunes de un conjunto de ordenamientos; o bien como *Rechtsideal* (tipo ideal o ideal jurídico), es decir, como aquel modelo que responde a algunos arquetipos ideales o a "lo que debe ser": un modelo teórico, abstracto y externo al derecho positivo. En otras palabras, es un modelo que no describe esta o aquella realidad jurídica, elevándola a prototipo o modelo ejemplar. Su utilidad, por lo tanto, está en ofrecer al comparatista un parámetro de referencia con base en el cual expresar sus propias evaluaciones críticas sobre los términos de la comparación (*comparatum* y *comparandum*), llegando así *al juicio comparativo*. Representa, al mismo tiempo, un parámetro de evaluación preliminar de las condiciones de homogeneidad entre los términos de la comparación. De hecho, el cotejo de las reglas o las instituciones que hay que comparar con el modelo asumido como parámetro, evidencia la subsistencia o no de las condiciones de la comparación.

El uso del término "modelo" se entiende como una especie de representación sintética de fenómenos de la realidad, en combinación con la idea de "forma ejemplar" y, por tanto, algo digno de imitarse.

En el campo de la justicia constitucional, la teoría de los modelos es objeto de crítica porque la realidad es tan variada, y las soluciones prácticas tan distintas, que intentar adscribir un sistema a uno u otro modelo parece casi imposible (Tusseau). Los modelos —afirma esta teoría— son platónicos, ideales, no tienen correspondencia con la realidad. Mejor partir de esta última, y reconstruir las clases.

Sin embargo, como la luz de una supernova ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años, así las reconstrucciones doctrinales y los modelos por ellas creados, continúan produciendo efectos incluso en los "formantes" dinámicos (legislación y jurisprudencia), y sobre todo también en el mismo "formante" doctrinal.

Así, muchos autores siguen haciendo referencia a los arquetipos clásicos: el modelo norteamericano, forjado en *Marbury* vs. *Madison* en 1803, y el modelo austríaco-kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

No obstante, proponiendo nuevas clasificaciones, sobre todo hibridando los dos modelos clásicos, se construyen nuevos modelos teóricos en donde encuadrar las nuevas experiencias: *modelos de referencia* que actúen como *tertium comparationis* en el cotejo entre *comparatum* (lo que viene comparado) y *comparandum* (lo que se debe comparar). Se trata, en palabras más simples, de la "idea" de lo que une, frente a la búsqueda de lo que divide.

Junto a las clasificaciones, la doctrina ha propuesto modelos, cuyo éxito, sin embargo, no ha logrado la fama de los modelos clásicos, derivados

de una experiencia concreta (Francia, Estados Unidos, Austria). Por ejemplo, solo pocos están convencidos de que exista un "modelo europeo", incluyente Francia como Austria (arquetipo de 1920), Alemania e Italia, y tal vez otras experiencias; igualmente, no todos comparten la idea de un "modelo latinoamericano", siendo hoy el mapa de la justicia constitucional en América Latina muy variado, aunque la ruta sea en la dirección de una concentración del control. Tampoco existe un "modelo socialista" (este sería un "non-modelo").

En el derecho constitucional comparado, la existencia de "modelos" que se configuran como *formas ejemplares* postula de por sí la difusión de los modelos mismos. Lo que explica por qué solo las fórmulas que impliquen la existencia de un ejemplar que opera como emblema de cada clase han sido objeto de imitación.

Así ha circulado el modelo "difuso", identificado en el sistema estadounidense (sobre todo en el ex-*Commonwealth*, desde Canadá a África a Asia y a Oceanía), aunque la difusión represente solo una de las características principales, pero no exclusiva, del *sistema* de *judicial review*; igualmente se ha propagado la idea de control concentrado según el esquema propuesto por Kelsen (particularmente en Europa, pero no solo ahí), y el "modelo preventivo" francés (en las excolonias). Después de la gran hibridación propuesta por Alemania e Italia, posterior a la Segunda Guerra Mundial, el modelo más difundido es el llamado "modelo incidental". Finalmente, en Iberoamérica, se ha extendido la idea de introducir al lado del control difuso un control concentrado (en salas o tribunales *ad hoc*).

Se trata de elementos característicos de cada sistema-*leader* que se han propagado, en los primeros casos, en virtud del prestigio de los países exportadores, en el caso de Francia en virtud de influjos no solo jurídicos, y en el caso de América Latina debido a los éxitos favorables de las primeras experiencias.

La divulgación de los modelos jurídicos por imitación implica afinidad de condiciones culturales, ambientales, sociales, económicas y jurídicas. Lo que no ha impedido al modelo estadounidense de control difuso afirmarse en América Latina, aunque falte aquí una condición básica del mismo: la eficacia vinculante o "persuasiva" del precedente judicial.

De un modelo puede difundirse solo una parte: por ejemplo, la idea de que la dicotomía entre sentencias estimatorias y desestimatorias, teorizada por Kelsen, no tenía sentido en la realidad ha circulado inmediatamente; en cambio, se ha extendido la idea de que las cortes y tribunales constitucionales podían introducir sentencias "intermedias": interpretativas, creativas, "monitorias", entre otras.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Justicia constitucional (tipología)

No existe por naturaleza ninguna tipología de justicia constitucional, sino solo clases forjadas por la doctrina constitucionalista y sobre todo comparatista, tomando en cuenta los modelos cada vez individualizados en la experiencia

histórica, o construidos a partir de la búsqueda de un elemento unificador, y llegando a la propuesta de un tipo ideal.

Tampoco existe ninguna diferencia, salvo léxica, entre "jurisdicción constitucional" y "justicia constitucional". Las dos expresiones definen el mismo objeto, ni más ni menos como "carro" y "coche" definen el mismo referente en España y Latinoamérica. Solo aludiendo a la disciplina científica (entonces no a un fenómeno del mundo jurídico, de las normas, sino al "formante" —es decir, cada elemento constitutivo del derecho— doctrinal), también el "derecho procesal constitucional" define el mismo objeto.

Definir la tipología de la justicia constitucional significa definir la tipología de la jurisdicción constitucional; igualmente, definir la tipología de la justicia (o jurisdicción) constitucional significa explicar sus clasificaciones (y modelos).

Hay, sin embargo, una diferencia entre modelos y sistemas. Cada país tiene (salvo excepciones, como Reino Unido) un sistema de justicia constitucional, pero solo en pocos casos se puede hablar de "modelos".

En su obra de construcción de clases taxonómicas, la doctrina comparatista ha propuesto soluciones divergentes, aunque la clasificación más plausible hace referencia a una primera distinción entre justicia constitucional política y justicia constitucional jurisdiccional (en este sentido, hay diferencia entre las dos expresiones, siendo el término "justicia" más amplio).

A la primera clase pertenecería el sistema francés, cuando menos hasta: *a)* la incorporación al *bloc de constitutionnalité*, por parte del *Conseil constitutionnel*, del preámbulo de la Constitución, de modo que de mero controlador de las esferas de competencias delineadas en el texto del 58 (y, en particular, de guardián del predominio gubernativo), el *Conseil constitutionnel* pasó a transformarse en juez pleno de la constitucionalidad de las leyes, también en relación con la violación de los derechos y de las libertades; *b)* la aprobación de la Ley constitucional de 29 de octubre de 1974, por la cual el poder de acudir al *Conseil* se adjudicó también a sesenta diputados o a sesenta senadores; de manera que las minorías parlamentarias, valiéndose desde el día siguiente de la introducción de la *saisine parlementaire* de la posibilidad de interponer una cuestión de constitucionalidad al *Conseil constitutionnel*, contribuyeron a un inusitado crecimiento cuantitativo y cualitativo del control de legalidad de las leyes); *c)* finalmente, a la Ley que introdujo en el 2008 la *question de constitutionnalité*, transformando el francés en un verdadero sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad de las leyes.

A la misma categoría pertenecen además no tanto sistemas, sino modalidades de control preventivo, que se encuentran en muchos ordenamientos, cuando el presidente de la República u otros órganos constitucionales pueden solicitar un examen por parte de la Corte (Irlanda, Portugal, Chipre, Hungría, Rumanía, etcétera). Formas de control político se encontraban incluso en algunos países del socialismo, como Yugoslavia. Hay también que recordar formas anómalas, como el control de las comisiones parlamentarias sobre la legitimidad constitucional de decretos-leyes (Italia), y el control de la constitucionalidad de la ley por parte del presidente de la República en sede de promulgación (veto, reenvío).

A la categoría de la justicia constitucional *jurisdiccional* pertenecen todos los demás sistemas, sean los inspirados en el modelo estadounidense (difuso y concreto), o los que, siendo del *civil law*, sin imitar a Estados Unidos, son difusos y concretos (Norte de Europa, Grecia), sean los sistemas prevalentemente (pero no exclusivamente) caracterizados por ser concentrados y concretos (el alemán, el italiano y muchos países imitadores del Este de Europa, de la ex-URSS, de las ex colonias francesas, y ahora Francia); sean finalmente los que utilizan al lado del control difuso el control concentrado (Portugal, Rusia, África del Sur, muchos Estados latinoamericanos). Faltan los tributarios de la *Verfassungsgerichtbarkeit* de matriz kelseniana, siendo este modelo puro regresivo. Ningún país está caracterizado por confiar solo al recurso directo frente a un tribunal constitucional la protección de la Constitución.

Lo que parece evidente es que la justicia constitucional representa un formidable laboratorio de soluciones empíricas y de adopción de modelos parciales. Los paradigmas clásicos (por ejemplo, donde falta el valor vinculante del precedente, el modelo difuso no puede funcionar, como imaginaba Cappelletti, o donde la doctrina tradicional de la división de poderes lo impide, nunca el Parlamento podría ser controlado por los jueces) se desmienten cada día. Cada país añade al lado de una modalidad prevalente de control de la ley, una o dos o muchas más. Concreción y abstracción, recurso e incidente, eficacia declarativa y constitutiva, efectos *erga omnes* e *inter partes*, conviven casi siempre, se adaptan, generalmente ampliando el poder de las cortes y tribunales cuales guardianes de la Constitución.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Justicia electoral

A imagen y semejanza de lo acontecido en el origen y desarrollo del denominado "contencioso administrativo", que surgió en el Estado moderno de manera "prudente", casi desapercibida en cuanto a su contenido y trascendencia futura, o incluso como una gracia o concesión del emperador, rey o monarca y que, a partir de un auténtico principio de división de poderes, se ha considerado como un caso de "justicia delegada" por el Poder Ejecutivo, la cual se ha impartido bajo el rubro de "justicia administrativa", por conducto de los tribunales administrativos y que en el derecho del presente se identifica, adecuadamente, como "derecho procesal administrativo". Así ha sucedido en el ámbito del derecho electoral mexicano, en cuyo contexto, desde su origen, con la Constitución de Cádiz de 1812, se ha previsto y practicado un sistema de recursos electorales de tipo "administrativo", es decir, procedentes, tramitados y resueltos, como en el derecho administrativo; por regla, en beneficio de los ciudadanos y candidatos a un cargo de representación popular y, en el derecho moderno, a favor de los partidos políticos, principalmente, a fin de impugnar la votación recibida en las mesas directivas de casilla o bien una elección en su conjunto, así como los resultados obtenidos en las elecciones populares.

Igualmente, los recursos electorales han tenido por objeto controvertir la legalidad y validez de los actos, resoluciones y procedimientos de los órganos de autoridad electoral.

Sin embargo, a partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en diciembre de 1986 y de la expedición del Código Federal Electoral en febrero de 1987, que instituyeron al Tribunal de lo Contencioso Electoral (TCE), en el contexto del derecho electoral mexicano, teórico y práctico, e igual en la praxis política, se empezó a hablar de la "justicia electoral", en términos generales, es decir, abarcando todos los recursos previstos en la legislación electoral ordinaria, tanto los procedentes ante los organismos electorales, encargados de preparar y llevar a cabo las elecciones populares, como los medios de impugnación jurisdiccional, que eran competencia del novedoso TCE federal.

No obstante, como la expresión "impartir justicia" se orienta más a identificar, específicamente, a la actividad que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales en todo Estado de derecho y, en este particular, a la función estatal asignada a los tribunales electorales (justicia electoral), con el transcurso del tiempo se ha tratado de adecuar el título a su contenido; por ende, se ha identificado al conjunto de juicios y recursos electorales, tanto administrativos como jurisdiccionales, con la expresión genérica "sistema de medios de impugnación", la cual ha dado título, indebido, por redundante, extenso y asistemático, a las leyes procesales, federal y locales, vigentes en la materia.

Así, el legislador federal ordinario, en noviembre de 1996, expidió el vigente código o ley procesal electoral, bajo el título de Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, la cual fue actualizada con el Decreto legislativo de reformas, adiciones y derogaciones, publicado oficialmente en julio de 2008, para adecuarla al Decreto de reformas a la CPEUM, expedido por el poder revisor permanente de la Constitución, en noviembre de 2007.

En la actualidad, usar la expresión "justicia electoral" como sinónima de "derecho procesal electoral" es un desacierto en México, porque en el presente, en esas dos palabras se encierra un contenido demasiado amplio, complejo y variado, que no se reduce a la ya en sí misma trascendente función jurisdiccional del Estado, consistente en dirimir, mediante la aplicación del derecho, las controversias de trascendencia jurídica (litigios) emergentes, de manera inmediata y directa o solo mediata e indirecta, de los procedimientos electorales llevados a cabo para la renovación periódica de los depositarios del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, tanto federal como local, así como de los integrantes de los ayuntamientos de los estados y de los correlativos depositarios del poder público en el Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales.

La frase "justicia electoral", ahora, abarca todas las vías, constitucional y legalmente establecidas, para garantizar que todos los procedimientos, actos y resoluciones electorales se ajusten, invariablemente, al principio de legalidad *lato sensu*, es decir, al principio de constitucionalidad y al de legalidad *stricto sensu*.

El vocablo "todos" comprende la actuación de la totalidad de los sujetos de derecho electoral, con y sin personalidad jurídica, sean gobernados o au-

toridades, electorales y no electorales, administrativas, legislativas o jurisdiccionales, siempre que su actuación, activa u omisiva, tenga efectos jurídicos en materia electoral.

En resumen, la frase "justicia electoral", actualmente, tiene una connotación demasiado amplia, porque incluye al: 1) derecho procesal electoral, orgánico y dinámico, relativo a todos los juicios y recursos jurisdiccionales electorales; 2) derecho procedimental electoral, es decir, el que tiene por objeto a los recursos electorales de naturaleza administrativa, contra las autoridades y los partidos políticos; 3) derecho procesal constitucional, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para impugnar leyes electorales, federales y locales, consideradas contrarias a la CPEUM; 4) derecho penal electoral, correspondiente a la tipificación de determinadas conductas como delitos electorales, federales y del fuero común; 5) derecho procesal penal electoral, que tiene por objeto al proceso, juicio o causa, con motivo de la comisión de delitos electorales; 6) derecho administrativo sancionador electoral, que tiene por objeto las conductas electorales ilícitas, tipificadas y sancionadas como infracciones administrativas electorales, así como las reglas jurídicas sobre la denuncia o queja y el procedimiento para tramitar y dictar resolución; finalmente, se puede incluir al 7) derecho procesal laboral electoral, que comprende los juicios y recursos, administrativos y jurisdiccionales, a favor de los servidores públicos del Instituto Federal Electoral y del TEPJF, para dirimir las diferencias y/o controversias que surgen con motivo de la correspondiente relación laboral.

Recientemente, en países como Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana, donde se han instituido tribunales electorales similares al de México, se empieza a usar la voz derecho procesal electoral y, como sinónima, la dicción "justicia electoral"; sin embargo, es necesario hacer la correspondiente conceptuación, clasificación y sistematización, en beneficio de la ciencia jurídica y del Estado de derecho democrático.

Flavio Galván Rivera

Justicia mayor

En la Edad Media existe un precedente del juez constitucional y del juez convencional: el justicia mayor, quien al conocer y resolver los procesos forales aragoneses (los de mayor arraigo eran de manifestación de personas, de inventario, de jurisfirma o firma de derecho, y de aprehensión), "amparaba" a las personas y a sus bienes en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero (parangón de los actos inconstitucionales) en perjuicio de los mismos, asegurándose este funcionario del cumplimiento de los privilegios de los habitantes de la ciudad, la organización política, y, en general, el derecho de la misma (en el que preponderaron las costumbres locales), todo ello estatuido, por ejemplo, en un alto ordenamiento, como lo fue el Privilegio General, otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la condición de fuero por Pedro IV, en 1348, el cual ha sido comparado con la Carta Magna inglesa.

En el Reino de Aragón el justicia mayor era juez supremo. Ejercía elevadísimas funciones, era el último intérprete de las leyes, conocía de las causas del rey, era considerado como un baluarte contra la opresión, pues él, en caso de duda, decidía si eran conformes a las leyes los decretos u órdenes reales, y si debían en consecuencia ejecutar o no; él amparaba a los particulares cuando contra ellos o sus bienes se cometía algún atentado o se temía que se cometiese por las autoridades; y contra sus fallos, que debían obedecerse en todo el reino, no prevalecían ni las órdenes del soberano. Así habían llegado los aragoneses a asegurar sus derechos naturales.

La finalidad funcional del justicia mayor de Aragón (juez que también existió en el Reino de Castilla), que implicó al mismo tiempo la causa de su creación, se precisó en el *Pacto de Sobrarbe,* en cuyo punto V se disponía: "Para que nuestras libertades no padezcan detrimento ni daño, habrá: juez medio sobre el Rey y sus súbditos, a quien sea lícito apelar el que recibiere agravio, o de los que recibiese la República o sus leyes, para su remedio".

El justicia mayor de Aragón tuvo dos tipos de facultades: unas de índole político y otras de naturaleza estrictamente jurisdiccional. En relación con estas últimas, realizaba funciones de juez medio entre el rey y sus vasallos, como se estableció en el Fuero de Sobrarbe, y se encargaba de resolver los procesos forales aragoneses, precedentes de los procesos constitucionales.

Debido a la abundante demanda de sus funciones, se le autorizó en 1348 para que nombrase un lugarteniente, quien le auxilió en sus labores, autorización que se extendió posteriormente a dos en 1352, los cuales desde 1461 fueron designados por insaculación de la bolsa formada con este objeto por los diputados del reino. En 1592, las Cortes de Zaragoza aumentaron a cinco el número de lugartenientes. La agrupación de estos funcionarios se denominó *justiciazgo*.

Si bien la figura del justicia mayor nació a finales del siglo XII e inicios del XIII, es decir, a mitad de la Edad Media, su esfera tutelar de mayor desarrollo fue en los siglos XIV a XVI (1436 a 1520), especialmente al sustanciar el proceso foral de manifestación de personas. Desde esta perspectiva, el justicia mayor tenía como función más importante y prestigiosa el recordar a quienes gobernaban que las leyes las debían de cumplir todos, empezando por el que las promulgaba. Así, ya en el juramento de los reyes de Aragón decía: "Te hacemos Rey si cumples nuestros Fueros y los haces cumplir, si no, no". Se infiere que el justicia mayor constituye un precedente del amparo, en cuanto a la categoría procesal de la *jurisdicción*, así como un antecedente de los jueces constitucionales y convencionales contemporáneos, por ser el guardián e intérprete del sistema jurídico español de la Edad Media.

La aparición de la inamovibilidad de este juez supremo (garantía de la independencia judicial entonces y ahora, objeto de estudio del derecho constitucional procesal), y en consecuencia de la irrenunciabilidad del cargo, causó su fortaleza pero también trastornos. Mas la inamovibilidad requirió a su vez de otra garantía: la de la inviolabilidad de la persona. Problema conexo con el de responsabilidad del justicia y sus lugartenientes, que fue abordado en el fuero de 1436, esto es, el justiciazgo se robusteció al establecerse que solo el conjunto de las Cortes y el rey podía hacerlo responsable.

Cabe destacar que el justicia mayor sufrió diversos avatares por defender las leyes y soportó represalias transcendentales en diversos momentos de la historia, y en específico cuando en las Cortes de Tarazona, de 1592, se establece que el cargo de justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído el cargo por el rey. De suerte que, el justiciazgo quedó mermado y a merced del soberano español, acontecer que se ejemplificó con la orden de ejecución del último verdadero justicia, don Juan de Lanuza. La desaparición del juzticiago se confirma con la expedición de los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, en 1707.

Juan Rivera Hernández

Justicia tradicional indígena (usos y costumbres)

La locución "justicia tradicional indígena" es de nuevo cuño en la doctrina jurídica contemporánea. En efecto, la teoría jurídica de la última parte del siglo XX ha delineado las características de la justicia indígena y su relación con otras ciencias sociales. Se advierte que la contribución científica de diversas ciencias sociales (como la antropología, la etnología, la sociología, entre otras) ha sido determinante y ha permitido contar con un cuerpo doctrinario que ha posibilitado la articulación de una auténtica perspectiva sobre los derechos de los pueblos indígenas. Dicho en otras palabras, la doctrina jurídica ha delineado diversos ejes de reflexión, a partir de los planteamientos de otras disciplinas sociales para establecer una teoría jurídica de los usos y costumbres indígenas. Esto, sobre todo porque los usos y costumbres indígenas como núcleo del sistema jurídico indígena establecieron desafíos a los clásicos principios de la modernidad jurídica: derechos colectivos frente a derechos individuales; culturalización de los derechos humanos; emancipación social frente a la regulación estatal, entre otras cuestiones. Dichas temáticas nacieron con un componente de marginalidad en el discurso jurídico y por ello su obligado desarrollo en otras disciplinas. Un ejemplo claro de lo anterior es la creación de la teoría del derecho de las minorías indígenas, cuya articulación fue realizada sobre los planteamientos realizados por la filosofía política anglosajona. Sin embargo, es dable apuntar que las diversas teorías de los derechos fundamentales y el reconocimiento constitucional de la justicia indígena han contribuido al debate nacional y su relación con la exuberante doctrina y principios jurídicos del derecho comparado en materia de pueblos indígenas.

El nacimiento de los derechos indígenas, como reclamos institucionales, ha estado marcado por la paradoja. En América Latina, algunos países tienen una población indígena significativa y solo hasta tiempos recientes, el sistema jurídico ha regulado los derechos de dichas poblaciones. Justamente, la falta de regulación jurídica de los pueblos indígenas en el espectro constitucional provocó que la realidad indígena fuera objeto de un olvido institucional. De hecho, la relación entre las políticas públicas y los pueblos indígenas se encuentra todavía en gestación en un buen número de países latinoamericanos. Sin embargo, las razones de omitir la mención de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos no son gratuitas; al contrario, respondió al paradigma jurídico planteado por la modernidad y dominado

principalmente por el principio de igualdad jurídica que pretendió colmar cualquier tipo de reclamo ciudadano, incluyendo el indígena. A pesar de lo anterior, las contribuciones jurídicas de los últimos años se han incrementado para conformar un "corpus" teórico que permite señalar la existencia de una auténtica ciencia del derecho indígena. Inicialmente la discusión del derecho indígena ha sido considerada desde el derecho constitucional, pero hay otras disciplinas que han sido especialmente pródigas en reflexiones de alto calibre, como la sociología jurídica y la antropología jurídica. También es conveniente recordar que en algunos países, como México cuya reforma indígena se llevó a cabo en los albores del siglo XXI, la inclusión de los derechos indígenas en el texto constitucional ha galvanizado un rico derecho constitucional estatal. Esto es, en países de corte federal, el reconocimiento constitucional indígena ha estado aparejado a un cambio en las leyes de las diversas entidades federativas.

Por otra parte, se debe evidenciar la importancia de diversos movimientos sociales y políticos que han reivindicado las necesidades de los pueblos indígenas para coadyuvar en el debate de los pueblos indígenas, como fue el caso del alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en México en 1994. En esta sede, debe señalarse la importante labor de variadas organizaciones no gubernamentales (ONG), expertos independientes, y Estados que han debatido la realidad indígena y que han actuado para mejorar el nivel social de los pueblos indígenas. Todos estos esfuerzos han ido cristalizando después de varios años y a través de diversas generaciones.

Es necesario recordar que en algunos casos, como el de México, el reconocimiento constitucional ha sido tardío o en algunos otros, como en el caso de Bolivia, los derechos indígenas son el núcleo del texto constitucional. Sin embargo, en las diversas legislaciones latinoamericanas se pueden señalar, principalmente, dos grandes grupos. Aquellos países que otorgan ciertos derechos a los pueblos indígenas, como Honduras, el Salvador y Costa Rica. En un segundo plano, encontraríamos a otros países que regulan de manera más extensa los derechos de los pueblos indígenas; en este grupo encontramos países tales como México, Nicaragua, Colombia, Panamá, Argentina, Bolivia, Paraguay, Ecuador, Perú, Brasil y Guatemala. Asimismo, el reconocimiento constitucional ha ido de la mano del desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales de los Estados o de jurisprudencia de algunos tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase por ejemplo la sentencia del 23 de junio de 2005 del caso *Yatama* vs. *Nicaragua*).

La discusión del derecho indígena centra su atención en cuestiones que tradicionalmente la ciencia jurídica no había analizado respecto a la realidad indígena, como la costumbre, el municipio, la pluralidad jurídica, el reconocimiento de las minorías, la autonomía, por citar algunas de las discusiones más prominentes en que se ha visto involucrada la cuestión indígena. Esto, precisamente, ha motivado la participación de los juristas en los grandes debates sobre el diseño institucional del Estado latinoamericano contemporáneo. Aún más, la figura de los derechos individuales, característica del Estado liberal, ha sido puesta en jaque con la inclusión en diversos ordenamientos jurídicos de los denominados derechos colectivos indígenas. De tal suerte que la doctrina

sobre los derechos de los pueblos indígenas ha permitido la conformación de un aparato crítico que brinda originalidad al perfil del sistema jurídico de América Latina. Es así que la ciencia jurídica latinoamericana está creando un derecho común en materia de derecho público. En la reflexión sobre los derechos de los pueblos indígenas, los juristas latinoamericanos han participado en la gran introspección histórica que han realizado la mayoría de los países latinoamericanos en los últimos años. Los Estados latinoamericanos no son entidades homogéneas, sino comunidades políticas pluriculturales.

Veamos algunas de las temáticas que han sido objeto de las legislaciones nacionales sobre derechos indígenas: 1) reconocimiento de usos y costumbres indígenas; 2) derecho a la autoadscripción; 3) derecho a la libre determinación; 4) derecho a la autonomía; 5) derecho a la preservación de la identidad cultural; 6) derecho a la tierra y al territorio; 7) derecho de consulta y participación; 8) derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado; 9) derecho al desarrollo (Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México).

Otro elemento que es necesario señalar en el debate de los pueblos indígenas es la referida al marco internacional de los derechos indígenas. Como se ha señalado, "la cuestión de los pueblos indígenas no es nueva para el derecho internacional, sino que ha figurado con mayor o menor relevancia en el discurso y la práctica jurídico-internacionales durante siglos" (James Anaya). Desde Bartolomé de las Casas hasta Lassa Oppenheim, pasando por Francisco de Vittoria, la cuestión indígena ha sido objeto del derecho internacional. Sin embargo, esta disciplina ha destacado la importancia del derecho indígena situando la discusión en el ámbito de los derechos humanos, derechos colectivos, defensa del medio ambiente, entre otros. Para tal fin, se han creado diversos instrumentos de carácter internacional, entre los que se mencionarán solo dos, que reflejan la importancia del fenómeno indígena: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 1/2 del 29 de junio de 2006), o bien, el célebre Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (adoptado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989 en su 76a. sesión) cuyo impacto en los sistemas jurídicos nacionales ha sido determinante en el derecho de los pueblos indígenas. También es relevante en el ámbito del derecho internacional, la creación de la figura del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (en virtud de la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos del 24 de abril de 2001, en su 57o. periodo de sesiones), cuyo mandato tiene los siguientes objetivos: *a)* recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los propios indígenas, sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales; *b)* formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y *c)* trabajar en estrecha relación con otros relatores especiales, representantes especiales, grupos de trabajo y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos

y de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Rodolfo Stavenhagen).

La justicia indígena es pues, uno de los principales sistemas que han surgido en la ciencia jurídica contemporánea y que permiten comprender que el derecho es una entidad dinámica que debe abrazar la tensión entre realidad social y norma jurídica. Con el debate de los pueblos indígenas hemos asistido a una nueva forma de comprender el derecho, una nueva manera de enfrentar la añeja discusión entre ser y deber ser. El derecho indígena ha evidenciado el carácter dinámico de los sistemas jurídicos.

Mario Cruz Martínez

Justicia y jurisdicción constitucionales

I. Justicia y jurisdicción constitucionales. Ambas expresiones no son conceptos de definición exacta. Admiten diversidad de usos dada la variedad de sistemas y de competencias que pueden atribuirse a una y otra. Su delimitación es positiva e histórica, varía en cada ordenamiento. Algunos autores equiparan ambos conceptos. Pero no creo sean equivalentes. La noción de "justicia" es más amplia si la comprendemos como la encargada de la aplicación judicial de la Constitución, pues igualmente resuelven pretensiones conforme a normas constitucionales los órganos judiciales. Jueces y tribunales amparan derechos, revisan la constitucionalidad de los reglamentos, resuelven controversias competenciales, y adecuan normas a los mandatos constitucionales mediante una interpretación conforme. El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no el único. No existe un *monopolio de aplicación* de la Constitución, sino solo *de rechazo de la ley* en los sistemas concentrados. Pero una jurisdicción constitucional debe mantener unida y sin contradicciones una pluralidad de órganos judiciales que, de forma muy difusa, ejercen la justicia constitucional. Pese a que el sentido más empleado de jurisdicción constitucional la identifica con el *control de constitucionalidad de las leyes*, es necesario operar con un concepto más amplio. Finalmente, la adopción de una jurisdicción constitucional comporta un concepto de *Constitución formal y rígida*, a la que esta garantía jurisdiccional sirve.

II. Sistemas: europeo, americano e híbridos. Están estudiadas las disimilitudes entre dos grandes sistemas: el modelo americano —difuso, concreto y declarativo—, y el modelo europeo —concentrado, abstracto y constitutivo—. Más tarde advertimos sus similitudes hasta llegar a pensar (Pizorrusso) en la existencia de un único modelo. Una tesis excesiva, pues volvimos a apreciar las diferencias que persisten: en los efectos de las sentencias, en el poder de una pluralidad de jueces ordinarios que es grande —al menos en teoría— en un sistema difuso, y en los específicos rasgos del juicio de inconstitucionalidad concreto e incidental. No podemos tampoco olvidar los diversos híbridos de uno y otro modelo surgidos en Iberoamérica.

III. Insuficiencias de la teorización del periodo de entreguerras. Desde Kelsen, la jurisdicción constitucional europea se hace coincidir con el *monopolio de control* de constitucionalidad de la ley. Pero el propio clásico se encontró en apuros a la hora de diferenciar entre la jurisdicción constitucional

y la *contencioso-administrativa*, y concluyó que solo las normas positivas pueden realizar ese deslinde, de manera convencional y formal antes que material. Ese marco teórico tampoco preveía ese posterior aditamento que fue el *amparo,* y que ha acabado por devorar algunas jurisdicciones constitucionales —más del 90% de los asuntos— generando una clara hipertrofia. Esa posición no parece adecuada a la realidad, pues incurre en una simplificación: tomar una parte por el todo. Asimismo, su visión abstracta se compadece mal con la actual generalización tanto de unas *acciones abstractas*, conformadas por una comparación normativa indeterminada, como de otras *concretas* donde los hechos son incidentales y se introducen en las normas hasta determinarlas.

IV. La jurisdicción no se identifica por el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes sino por la agregación de tres funciones diversas. El modelo europeo es ciertamente concentrado, pero ya no es solo abstracto y objetivo, pues ha incorporado diversas acciones subjetivas y concretas. En segundo lugar, alberga varias funciones superpuestas en una *commixtio*.

V. Tribunal de conflictos, Senado y jurisdicción contenciosa. La primera en el tiempo es la herencia germánica de un tribunal de conflictos. Una jurisdicción de Estado que arbitra la división de poderes entre órganos constitucionales y entes territoriales. Pero comparte la solución de las *controversias constitucionales* con otras instituciones: los *senados territoriales*, que deben ser una cámara de interconexión de políticas competenciales; con la labor arbitral de diversas *comisiones administrativas de cooperación*; con la intervención de la *jurisdicción contencioso-administrativa* en la solución de conflictos entre entes territoriales por la vía de recursos contenciosos. Este tribunal de conflictos carece de un "monopolio de decisión" como ocurre, en cambio, con el "monopolio de rechazo" de las leyes. Los silencios del legislador y las contradicciones de la jurisprudencia han producido un largo debate —todavía no resuelto en España a diferencia de en Alemania—, sobre la relación entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa.

VI. Control de constitucionalidad de la ley. En segundo lugar, un control de constitucionalidad de las leyes en vía directa y abstracta, y más tarde incidental y concreta; un sistema generalizado por toda Europa después de la Segunda Guerra Mundial e incorporado en parte a Iberoamérica, puede explicarse como un control jurídico de normas infraconstitucionales por su adecuación a un canon o parámetro de normas superiores en jerarquía: la Constitución o el bloque de la constitucionalidad.

VII. Tribunal de amparo. En tercer lugar, la jurisdicción constitucional alberga un *tribunal ciudadano* con competencia para enjuiciar un *amparo constitucional* de derechos fundamentales. Una construcción expandida en Europa tras la última mitad del siglo XX, de génesis germánica y con antecedentes en México y en la Constitución Española de 1931. Este juicio de ponderación de derechos no es en esencia diferente del *amparo judicial u ordinario* ante los órganos del Poder Judicial, ni del *amparo europeo* o acceso directo ante el Tribunal de Estrasburgo, e incluso del acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos después del filtro de la Comisión; salvando los distintos efectos de las sentencias y las diversidades procesales. Asistimos a una euro-

peización y americanización de las jurisdicciones constitucionales como gran reto.

VIII. Carácter intercambiable de los procesos. Las tres funciones se cumplen en diversos procesos, y no exclusivamente en los más propios de cada una de ellas. Existe una interrelación de todos ellos hasta formar un sistema. El control de leyes sirve también para garantizar derechos en forma objetiva, y no subjetiva como en amparo. El recurso de inconstitucionalidad se usa además para elucidar vicios formales y materiales de inconstitucionalidad, para resolver vicios de incompetencia territorial, a través de lo que son materialmente conflictos de competencia legislativa. Las cuestiones de inconstitucionalidad tampoco dejan de utilizarse para resolver controversias competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas, y han sido el camino habitual de acceder los municipios.

IX. ¿Función principal? Las tres labores son igualmente "funciones principales" en el sentido de definitorias del órgano constitucional. Pero, estadísticamente, los amparos suelen muy superiores en número al control de constitucionalidad y a veces también los conflictos. La importancia cualitativa del control no puede negarse, pero ciertos entendimientos reduccionistas pugnan con las normas y la realidad. No obstante, es cierto que el control de la ley es la única función indefectible, de forzosa y exclusiva atribución al Tribunal Constitucional, y, en consecuencia, esencial.

X. Una definición subjetiva y formal. Las tres funciones son tan distintas entre sí que no parece correspondan a un único modelo de jurisdicción constitucional diseñado unitariamente. Acaso solo se puede teorizar como sistema por su atribución a un único *tribunal constitucional* en el modelo concentrado. La actividad de este órgano identifica la jurisdicción, que viene delimitada en clave subjetiva antes que material. De manera complementaria, las categorías de *sentencia constitucional* y *procesos constitucionales* contribuyen, asimismo, a identificar formalmente la jurisdicción. Hablar de una jurisdicción constitucional es referirse a los intensos efectos de las sentencias constitucionales, su eficacia *erga omnes* que las aproxima a las leyes, las diversas consecuencias de los vicios de inconstitucionalidad —formal, material y de incompetencia—, la nulidad como sanción en sus distintas variantes —retroactiva, declarativa, prospectiva— o la posibilidad de una inconstitucionalidad sin nulidad, la extraordinaria intensidad del efecto de "vinculación", la menguada eficacia de la categoría de "cosa juzgada", la amplia gama de medidas de restablecimiento del daño, etcétera. Todo un *derecho procesal constitucional* derivado del derecho sustantivo.

Javier García Roca



L



Legislador negativo

El concepto de legislador negativo se emplea para referirse a la primigenia concepción de los tribunales constitucionales según el diseño de estos elaborado por Hans Kelsen. Sobre la base de la distinción entre la función legislativa, que consiste en crear normas generales, y la función jurisdiccional, que genera normas individuales, Kelsen es el formulador de la teoría del tribunal constitucional como legislador negativo: "Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo por así decirlo más que una confección con signo negativo. La anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el Tribunal que tiene el poder de anular leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo".

El titular, por tanto, de esta potestad legislativa negativa es un tribunal de derecho, independiente tanto del Gobierno como del Parlamento, a quienes en última instancia debe controlar. Además, existe otra gran diferencia entre el legislador positivo y el negativo. El legislador negativo actúa en aplicación de las normas de la Constitución, y a diferencia del legislador positivo, carece de un poder de libre creación normativa: "En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro Tribunal". En definitiva, el legislador negativo, a diferencia del positivo, aplica —y no crea— el derecho.

Ahora bien, Kelsen fue consciente del problema relativo al riesgo de que el legislador negativo acabara suplantando al Parlamento; por ello, para remediarlo propuso la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los textos constitucionales: "Si la Constitución quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible". Evidente resulta que las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial abundan en ese tipo de cláusulas en la medida en que formulan mediante categorías genéricas los principios y valores del Estado constitucional. Ello ha determinado que esta concepción de los tribunales constitucionales como legisladores negativos haya sido superada por la historia. El derecho constitucional comparado pone de manifiesto cómo las cortes constitucionales a través de una amplia tipología de sentencias (interpretativas, aditivas, manipulativas, de recomendación al legislador, etcétera) han pasado a convertirse en legisladores positivos.

Javier Tajadura Tejada

Legislador positivo

El legislador es aquel poder del Estado que es titular y ejerce ese mismo poder en el Estado. La potestad legislativa es la facultad atribuida a determinados órganos del Estado para aprobar las leyes o normas con rango de ley del mismo. Históricamente, esta potestad se identificaba con la soberanía —hacer la

ley era uno de los principales atributos del soberano (J. Bodino)—, pero en el Estado constitucional se configura como una potestad constituida y limitada, tanto material como formalmente, por la propia Constitución.

En el constitucionalismo europeo basado en el modelo francés, el legislador se confundió con el soberano, y el dogma de la ley como expresión de la voluntad general (J. J. Rousseau) derivó en el principio de soberanía parlamentaria que hizo inviable el Estado constitucional, basado, como es sabido, en la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos, y en la supremacía de aquel sobre estos, incluido el legislador (R. Carré de Malberg). Los intentos de Sieyès (1795 y 1799) de crear un tribunal constitucional que controlara al legislador y pudiera anular sus actos fueron rechazados en un contexto histórico caracterizado (a pesar de la trágica experiencia del "Terror") por un fuerte prejuicio proparlamentario. Hubo que esperar al surgimiento en Europa de los primeros tribunales constitucionales en los años veinte, creaciones del gran jurista austriaco Hans Kelsen, para concebir al legislador como un poder limitado. Al mismo tiempo hicieron así su aparición en la historia unos órganos que por tener atribuida la función de declarar nulas las leyes inconstitucionales fueron considerados titulares de un Poder Legislativo negativo. Con el tiempo, la generalización y la consolidación de los tribunales constitucionales, el aumento de sus funciones y el surgimiento de nuevos tipos de sentencias (aditivas, interpretativas, etcétera) han hecho que la concepción de los tribunales constitucionales como meros legisladores negativos, según la concepción kelseniana, haya sido superada, y en puridad, son también titulares de un Poder Legislativo positivo.

En el constitucionalismo norteamericano, el carácter limitado de la potestad legislativa fue asumido desde que, en 1803, el juez Marshall, en una célebre y clásica sentencia, sentó las bases del control jurisdiccional de las leyes, siendo el más formidable instrumento para impedir "la tiranía de la mayoría" (A. de Tocqueville).

Con carácter general, en el seno de un Estado constitucional, las asambleas representativas o parlamentos ejercen la potestad legislativa. Tradicionalmente, Parlamento y Legislativo eran términos sinónimos, pero en la actualidad y al margen de que, como acabamos de señalar, quepa distinguir también entre un legislador positivo y otro negativo (H. Kelsen), el Legislativo es un poder que aparece muy fragmentado. En primer lugar, porque la sustitución del Estado liberal por el Estado social y la progresiva intervención del Estado en la vida económica han puesto de manifiesto la necesidad de que el tradicionalmente denominado Poder Ejecutivo, esto es, los gobiernos, sean titulares también de la potestad legislativa y puedan dictar normas con rango de ley. A mayor abundamiento, en los regímenes parlamentarios la inmensa mayoría de las leyes aprobadas trae causa de proyectos de ley de elaboración gubernamental.

Por otro lado, en el contexto de los diversos procesos de descentralización política (federalismo) el Poder Legislativo se reparte desde un punto de vista material entre la Federación o Unión, y las entidades infraestatales. Hasta tal punto esto es así, que la existencia o no de diversos órganos legislativos en el

seno del Estado es lo que permite distinguir un Estado federal o compuesto (por ejemplo, México) de uno que no lo es (por ejemplo, Francia).

Finalmente, el proceso de creación de organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, determina que sobre determinadas materias los Estados le hayan atribuido la potestad legislativa. Aunque no exista el término "ley europea", los reglamentos y directivas de la Unión Europea son materialmente leyes europeas emanadas de un nuevo legislador supranacional, integrado por dos cámaras: el Parlamento Europeo, donde están representados todos los ciudadanos europeos, y el Consejo, donde están representados los Estados.

Javier Tajadura Tejada

Legitimación activa en casos de intereses difusos

El aseguramiento de derechos denominados "de tercera generación", como el derecho a la protección del medio ambiente, el derecho a la calidad de vida, el derecho de los consumidores y usuarios, entre otros, otorga la titularidad de ellos a individuos y a colectividades que puede ser difícil de precisar. El acceso a la jurisdicción de estos derechos, según Ferrer Mac-Gregor en el libro *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, es uno de los temas "recientes" del derecho procesal contemporáneo, por lo que las Constituciones de fines del siglo XX se han preocupado de abrir y asegurar cause a legitimaciones, denominadas por Pablo Gutiérrez, en su obra *La tutela de los intereses supraindividuales: difusos y colectivos*, como "supraindividuales", que hagan efectivo el acceso a la jurisdicción.

Los derechos o intereses difusos y los derechos o intereses colectivos, según los diferentes países, pueden tomarse como sinónimos o pueden diferenciarse. En todo caso, la legitimación para la tutela de los derechos o intereses difusos o colectivos se basa en un interés legítimo específico que debe ser invocado por el actor o demandante; ello lo distingue de las acciones populares, que se sostienen solo en el interés de la juridicidad, estando legitimadas para accionar todas las personas que invoquen la calidad de ciudadanos. Independientemente del concepto que rija al derecho o interés difuso, como parte de la defensa de la ciudadanía, su finalidad es satisfacer necesidades sociales o colectivas, antepuestas a los individuos. El derecho o interés difuso, debido a que la lesión que lo infringe es general, afectando a una población o a extensos sectores de ella, vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas solo por una misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de la sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución. Es la lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que señala el contenido del derecho e interés difuso.

El interés difuso se diferencia del interés colectivo en que este último, en cuanto a su naturaleza, es mucho más concreto para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no solo para el que lo detenta, sino también para el obligado. En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinado de personas (perseguible de manera unificada), por tener ese grupo sus características y aspiraciones sociales comunes; por otra parte, los intereses colectivos se diferencian de los intereses personales, ya que no constituyen una simple suma de estos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo, y pertenecen por entero a todos ellos.

Diferentes Constituciones en los distintos continentes regulan la legitimación, ya sea individual y/o colectivamente para el amparo de los derechos o intereses difusos y/o colectivos, o bien se permite una legitimación activa por acción popular. En algunos ordenamientos constitucionales y legales, tanto de América Latina como de Europa, posibilitan también que el respectivo Defensor del Pueblo tenga legitimación activa en la materia para proteger los derechos e intereses de determinados segmentos de la población en la materia. Asimismo, en diversos países el ordenamiento jurídico contempla la legitimación activa en acciones colectivas o difusas a las asociaciones que propenden a promover y garantizar esos derechos. Finalmente, hay diversos Estados donde el ordenamiento jurídico institucionaliza organismos públicos a los cuales se les otorga legitimación activa en acciones colectivas para la defensa de los derechos de los consumidores, o de prestaciones financieras, comerciales o de determinados servicios (agua potable, electricidad, telefonía, entre otros) brindados por instituciones o empresas privadas.

En este ámbito señalaremos, a modo ejemplar, las disposiciones pertinentes de algunas Constituciones latinoamericanas.

La Constitución de Brasil de 1988, en su art. 5o., fracción LXIII, considera la existencia de una acción popular, mediante la cual la jurisprudencia judicial ha admitido la protección de grupos indeterminados en materia de medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, así como en materias de desarrollo urbano.

La Constitución colombiana de 1991, en su art. 88, establece lo siguiente: "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos". A su vez, el art. 89 complementa el texto anterior: "Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus de-

rechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas".

La Constitución de Paraguay de 1992, en su art. 38, se refiere al derecho a la defensa de los intereses difusos, donde toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio.

La Constitución de Argentina (reformada en 1994), en su art. 43, determina lo siguiente: "Podrán interponer esta acción (amparo) contra cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de la organización".

La Constitución Política del Ecuador (1998), en su art. 95, otorga legitimación a cualquier persona, por su propio derecho o como representante legítimo de una colectividad, para ejercer una acción de amparo ante el organismo judicial competente.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su art. 26, estableció el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer los derechos e intereses, "incluso los colectivos o difusos".

Es posible señalar como requisitos para hacer efectiva la legitimación activa, en el caso de particulares o grupos de personas que concretan acciones sobre derechos o intereses difusos o colectivos, los siguientes:

a) Que la acción se presente no en virtud de un interés individual, sino en función del derecho o interés difuso o colectivo.

b) Que la razón de la demanda sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de algunos sectores de él.

c) Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación individual.

d) Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda al conjunto de la población o parte de ella.

e) Que el actor que demanda o requiere en virtud del interés general sea afectado por el daño o peligro en que se encuentra la colectividad afectada.

f) Que el sujeto pasivo deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.

Humberto Nogueira Alcalá

Legitimación activa en el control concreto o incidental de constitucionalidad

Nos referimos a "legitimación activa" para determinar aquellas personas naturales o jurídicas, así como órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, dotados de la facultad de ejercer el derecho a

la jurisdicción ante la judicatura constitucional respectiva en procesos y procedimientos como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.

La legitimación activa para accionar varía de acuerdo con la naturaleza del procedimiento (abstracto o concreto) de control de constitucionalidad y la configuración de los contenciosos constitucionales, pudiendo clasificarse en seis los grupos legitimados, que son: determinadas autoridades u órganos constitucionales de carácter político (presidente de la República; Gobierno o primer ministro; Congreso, Asamblea Parlamentaria o Parlamento); un número o porcentaje de parlamentarios que integran una de las Cámaras o la Asamblea Legislativa; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular o pública), y órganos que representan derechos de sectores débiles de la sociedad (Defensoría del Pueblo o de los Derechos Humanos).

Por "control concreto de constitucionalidad" entendemos aquel que se efectúa no sobre el enunciado del precepto normativo (generalmente un precepto legal), sino sobre la norma que emana del mismo precepto en su aplicación a un caso específico, siendo la aplicación de esa norma la que se declara inaplicable por ser inconstitucional o contraria a la Constitución.

La legitimación activa para ese control concreto de constitucionalidad generalmente se entrega a la parte afectada en sus intereses subjetivos en la gestión judicial que está en curso en la jurisdicción ordinaria o en procedimiento administrativo, cuando en tales procedimientos se haya invocado una norma jurídica cuya aplicación al caso concreto genere un efecto inconstitucional. En este caso la parte puede plantear un incidente o una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la respectiva jurisdicción constitucional (Chile, España, Italia) o ante el mismo tribunal ordinario de justicia (Argentina, Colombia, Perú, Venezuela, por señalar algunos ejemplos).

En algunos ordenamientos jurídicos, la legitimación activa en control concreto se entrega no solo a las partes que participan en la gestión judicial, sino también al mismo juez del tribunal respectivo, el cual puede activar el control incidental (España e Italia) ante la jurisdicción constitucional, o bien plantear una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile).

En otros casos, la legitimación activa en control concreto incidental la ejerce el juez o tribunal ordinario de oficio, como ocurre en Ecuador o Venezuela.

Las decisiones en que se ejerce el control concreto de constitucionalidad tienen una significación general innegable, ya que se desaplica en el caso concreto, producto de su efecto constitucional en ese caso específico, la norma que emana de una ley que se encuentra vigente y que sigue rigiendo en el ordenamiento jurídico, siendo aplicable para el resto de los operadores jurídicos.

En algunos países, la doctrina ha señalado la escasa incidencia del control concreto de constitucionalidad y la debilidad de las magistraturas ordinarias en ejercerlo, de acuerdo a lo contemplado por Jesús M. Casal en *Constitución y justicia*, y Bewer en *La Constitución de 1999*.

En otros casos, el control concreto de constitucionalidad constituye la mayor actividad de la respectiva jurisdicción constitucional, como es el caso del tribunal constitucional chileno, donde la activación del control lo realizan las partes dentro de una gestión judicial en curso ante magistratura ordinaria o especial, o el juez cuando tiene duda de la constitucionalidad que puede producir en un caso concreto la norma que emana de la aplicación de un precepto legal determinado.

Humberto Nogueira Alcalá

Legitimación activa en el control abstracto

La legitimación en el control abstracto de constitucionalidad de la ley implica, por una parte, la posibilidad de activar el funcionamiento de tribunales o cortes constitucionales o supremas con funciones de constitucionales, y por otra, el hecho de que el propio legislador establezca en la Constitución —en ocasiones en la ley o en ambas— un catálogo de entes, sujetos, poderes u órganos —inclusive ciudadanos— con la atribución necesaria para que las normas que él mismo confecciona puedan ser cuestionadas ante un órgano jurisdiccional de control constitucional por su presunta contravención con la norma fundamental.

En cuanto a legitimación activa en México, existe un *numerus clausus* diseñado por el legislador en la Constitución federal en 1994 —considerando las reformas del mismo rango en 1996, 2006 y 2011—; la relación o "catálogo" de los legitimados se establece de los incisos *a* al *g* de la fracción II del art. 105 constitucional, que son los siguientes:

"Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

…

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea;

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro;

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los Derechos Humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal…".

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Legitimación activa por acción popular o pública

La legitimación activa por acción popular o pública de inconstitucionalidad es aquella en que toda persona capaz procesalmente tiene la facultad e interés procesal y jurídico para requerir, demandar o accionar de inconstitucionalidad ante el órgano que ejerce jurisdicción constitucional, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. En el caso de legitimación activa por acción popular, el actor se constituye en un defensor del orden constitucional en control abstracto, generalmente de carácter reparador de constitucionalidad. La sola defensa del orden constitucional le da interés para actuar, sin que haya sufrido un daño en su interés personal o subjetivo producto de la inconstitucionalidad del precepto normativo infraconstitucional.

Este tipo de acciones populares de inconstitucionalidad es excepcional en la perspectiva del derecho constitucional comparado.

En el ámbito latinoamericano, los ordenamientos jurídicos que la contemplan desde el siglo XIX son los casos de Colombia y Venezuela; asimismo, más recientemente, en la Constitución de Guatemala de 1985 se establece una acción popular abstracta de inconstitucionalidad, así como también en la Constitución ecuatoriana de 2008. Igualmente, esta figura se encuentra, en una versión muy tímida y atenuada, en la Constitución chilena reformada en 2005, en el art. 93, núm. 7.

En Colombia, la Constitución vigente contempla la acción popular de inconstitucionalidad, ya que de acuerdo con el art. 241, núms. 4 y 5, de la Constitución, cualquier ciudadano puede solicitar que la Corte Constitucional se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley, con fundamento en los arts. 150, núm. 10, y 341 de la Constitución.

En Venezuela, al igual que en Colombia, desde el siglo XIX existe la acción popular de inconstitucionalidad, según lo establecido en el libro *Instituciones políticas y constitucionales* (t. IV) por Brewer, de la cual conoce, de acuerdo a la carta constitucional vigente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. La base normativa de derecho positivo de esta acción popular se encuentra establecida en el art. 21, párrafo 9o., de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual establece que: "Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal… puede demandar la nulidad del mismo, ante el Tribunal Supremo, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad". El hecho de que el texto se refiera a que el accionante sea afectado "en sus derechos e intereses", la Corte Suprema de Venezuela, mediante la Sentencia del Pleno del 30 de junio de 1982, publicada en la *Revista de Derecho Público* (núm. 11), lo interpreto señalando que debe presumirse que el acto recurrido en alguna forma afecta los derechos e intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano.

En el caso de Guatemala, esta acción popular de inconstitucionalidad se encuentra establecida en el art. 134 de la LAEP y C.

En el caso de Ecuador, cualquier ciudadano puede iniciar una acción pública de inconstitucionalidad conforme al art. 436, núm. 2, de la Constitución.

En Chile se ha introducido tímidamente la acción popular en el art. 93, núm. 7, de la Constitución vigente, conforme a la reforma constitucional de 2005, para demandar la inconstitucionalidad de un precepto legal en control abstracto con el objeto de expulsarlo del ordenamiento jurídico, pero ello requiere como prerrequisitos que, previamente, el Tribunal Constitucional haya declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo precepto legal en control concreto con efectos interpartes, de acuerdo con el art. 93, núm. 6, de la carta fundamental; asimismo, que la acción popular se sustente respecto del mismo vicio de inconstitucionalidad sobre el cual ya se pronunció el Tribunal Constitucional en el control previo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En Europa, en el último cuarto del siglo XX, también aparece, de acuerdo a lo establecido por Fernández Rodríguez en el libro *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, la acción popular para la impugnación directa de la inconstitucionalidad de leyes en Austria, desde 1975 opera respecto de las leyes que vulneran derechos fundamentales; en Bélgica, la acción popular opera desde 1988. Con respecto a Europa del Este, la acción popular de inconstitucionalidad contra todo tipo de normas jurídicas opera en Hungría.

Humberto Nogueira Alcalá

Legitimación activa por el Poder Ejecutivo

La legitimación activa por parte del Ejecutivo (presidente de la República o Gobierno, dependiendo del tipo de gobierno que contempla la respectiva Constitución) opera generalmente en la modalidad de un control abstracto, objetivo y directo, ya sea en control preventivo, o bien en reparador. La legiti-

mación activa del Ejecutivo en control abstracto opera en control preventivo respecto de reformas constitucionales (Colombia, Chile, Ecuador, Perú, entre otros), de convenciones o tratados que son objeto de control de compatibilidad con la Constitución (Bolivia, Colombia, Chile, Francia, Venezuela, entre otros) o proyectos de preceptos legales en tramitación parlamentaria (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador); en cambio, opera en control reparador cuando se habla de tratados internacionales (Alemania, España, Italia, Perú, Costa Rica, entre otros), de preceptos legales o con fuerza de ley en Estados latinoamericanos que cuentan con corte o tribunal constitucional (los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Perú, Santo Domingo); como también eventuales conflictos de jurisdicción o contiendas de competencia horizontales (entre órganos estatales) o verticales (entre órganos estatales y órganos de entidades federativas o regionales), lo que constituye una regla generalizada. En Europa, en el marco de tipos de gobierno parlamentarios republicanos o semipresidenciales, también se reconoce legitimación activa para requerir o demandar de inconstitucionalidad al presidente de la República (Alemania, República Checa, Chipre, Eslovaquia, Francia, Hungría, Irlanda, Polonia, Portugal, Rusia, Turquía, Ucrania); al presidente del Gobierno (en el caso de España), y al primer ministro (en el caso de Francia), o por el Gobierno en su conjunto en Alemania (canciller federal con acuerdo del gabinete de Ministros) y en Italia (primer ministro con acuerdo del Consejo de Ministros), por señalar algunos ejemplos.

A través de esa legitimación activa, el Ejecutivo puede impugnar tanto vicios formales derivados de la creación de las normas sin respetar requisitos, órganos, procedimientos o el quórum determinado por la carta fundamental, como vicios materiales derivados del desarrollo de normas infraconstitucionales contrarias a valores, principios y reglas sustantivas aseguradas y garantizadas constitucionalmente.

Por medio de la legitimación activa en control abstracto, el Ejecutivo, en virtud de su posición institucional y funciones, tiene por tarea hacer respetar el orden constitucional, el bien común o el interés general, finalidades que se concretan instrumentalmente mediante la activación del control de constitucionalidad, sin condicionamiento alguno para hacer efectiva la defensa objetiva de la Constitución, con el objeto de impedir la aplicación y la permanencia en el ordenamiento jurídico de preceptos normativos contrarios a la carta fundamental.

Humberto Nogueira Alcalá

Legitimación activa por el Poder Legislativo

Por regla general, los países que estructuran su sistema de control de constitucionalidad bajo el modelo germano austriaco, con modalidad de control concentrado de constitucionalidad de preceptos legales, con un control de carácter reparador, por vía de acción, en control abstracto y con efectos de expulsión del ordenamiento jurídico de la norma infraconstitucional considerada contraria a la Constitución, establecen por regla general una legitimación activa reducida a determinados órganos político-representativos, como son el

presidente de la República, el Gobierno, el Parlamento o alguna de las ramas de un Congreso o Parlamento, así como un porcentaje o número significativo de parlamentarios de alguna de las ramas del Congreso o Parlamento.

Esta legitimación activa la pueden ejercer también los congresos o parlamentos en el caso de controles concentrados de constitucionalidad que pueden llevar a cabo cortes supremas de justicia o salas constitucionales de cortes supremas, que ejercen un control reparador abstracto de constitucionalidad respecto de normas infraconstitucionales.

En este caso nos interesa solo considerar la legitimación activa para impulsar una acción de inconstitucionalidad por el Poder Legislativo, el cual toma forma a través de un Parlamento, Asamblea Parlamentaria o Congreso Nacional, siendo esa legitimación activa concretada cuando así lo acuerda institucionalmente la Asamblea Parlamentaria o la rama específica de ese Parlamento (Cámara de Representantes o Diputados, o Senado, en su caso).

La materia sobre la cual versa normalmente la legitimación activa de este parlamento a través de una acción de inconstitucionalidad puede ser en un control preventivo de constitucionalidad sobre un proyecto de reforma constitucional, la incorporación de un tratado internacional al ordenamiento jurídico o un proyecto de ley en tramitación parlamentaria. En el caso del control reparador será generalmente un control abstracto de preceptos legales o normas administrativas, reglamentos parlamentarios y autoacordados de tribunales superiores de justicia, para señalar los principales enunciados normativos que pueden ser objeto de acciones de inconstitucionalidad parlamentaria.

La legitimación por minorías parlamentarias. En algunos países pueden requerir el pronunciamiento del órgano jurisdiccional constitucional respectivo (tribunal constitucional, corte suprema, sala constitucional de corte suprema), algunas minorías significativas de las ramas o cámaras del Congreso Nacional o Parlamento, con ello se busca superar los eventuales abusos de poder o afectación de los derechos fundamentales protegidos objetivamente por la Constitución frente al gobierno y las mayorías parlamentarias, junto con constituir un instrumento para la protección de las minorías. Esta protección de las minorías es parte de la democracia pluralista, en cuanto supone un límite al poder de la mayoría y un cauce para el control de ella en el contexto de una democracia constitucional.

En la democracia actual, la regla de la mayoría no asegura por sí misma la legitimidad constitucional de la decisión adoptada, la que puede contener vicios tanto de forma (procedimentales) como sustantivos o materiales (contradicción con valores, principios y derechos constitucionales), los cuales dentro de un Estado constitucional democrático deben ser respetados y garantizados, siendo parte del pacto constituyente, que constituye el consenso bajo el cual se produce y desarrolla la integración política y social.

La legitimación activa de la minoría parlamentaria constituye un contrapeso jurídico a la centralidad del gobierno tanto en los regímenes presidencialistas como parlamentarios actuales, otorgando a las minorías un instrumento de control y garantía, con el objeto de impedir el paso de la democracia a la autocracia, así como el potencial abuso y concentración del poder.

La minoría parlamentaria en un sentido amplio designa un conjunto heterogéneo de parlamentarios que aceptan los principios establecidos en la Constitución vigente, y que, en virtud de su posición institucional y de acuerdo a su criterio jurídico constitucional, cumpliendo los requisitos que la respectiva Constitución señala, impugnan ante el órgano de jurisdicción constitucional existente, en su ordenamiento jurídico en control preventivo o reparador de constitucionalidad, un enunciado normativo del ordenamiento jurídico como inconstitucional. Esta minoría parlamentaria puede estar integrada por parlamentarios de oposición, como eventualmente también por parlamentarios que sustentan el gobierno, pero que discrepan de este en materias específicas.

La legitimación activa se otorga a la minoría parlamentaria en virtud de su alta calificación política, producto de su función institucional, con el objeto de defender una pretensión objetiva, como es el impedir que se incorporen al ordenamiento jurídico enunciados normativos inconstitucionales o para depurar el ordenamiento jurídico de ellos, dependiendo si el control es preventivo o reparador.

Así, la minoría parlamentaria opera en un proceso objetivo y abstracto, donde los legitimados activamente se encuentran taxativamente señalados por la Constitución, y el objeto del procedimiento es el contraste de un determinado enunciado normativo con el texto de la carta fundamental, con el fin de depurar o impedir la existencia de normas inconstitucionales, concretando la defensa y primacía de la Constitución.

La legitimación activa de una minoría parlamentaria para impugnar normas jurídicas en elaboración o preceptos normativos que integran el ordenamiento jurídico presenta el riesgo de ser utilizado también como una instrumentalización política de la jurisdicción constitucional para proseguir por vía jurisdiccional lo que no se obtuvo por vía política; sin embargo, la forma de configuración del control tiende primariamente a asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico y solo secundariamente a proteger eventuales lesiones a derechos subjetivos. La legitimación activa de la minoría parlamentaria tiene un efecto desactivador de conflictos políticos al posibilitar una instancia de resolución jurisdiccional.

Este procedimiento es utilizado en muchos de los tribunales constitucionales europeos, donde se exige un quinto de los diputados (Andorra, Eslovaquia, Portugal y Rusia); un cuarto de los diputados (Bosnia Herzegovina); un tercio de los diputados (Alemania, Austria, Eslovenia y Letonia), y un grupo parlamentario (Turquía). En otros países europeos se exige un número determinado de diputados, como ocurre en España, Polonia, Turquía y Rumania, donde tienen legitimación activa cincuenta diputados, o en Francia, donde se requieren sesenta diputados.

Una realidad similar la encontramos en América Latina donde hay tribunales constitucionales. En Bolivia, cualquier diputado o senador tiene legitimación activa en control abstracto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional; en Chile, a lo menos una cuarta parte de los diputados o de los senadores en ejercicio tienen esa legitimación activa en control preventivo de proyectos de ley o de reforma constitucional, y en control reparador de decretos con fuerza de ley o cuando el presidente de

la República promulgue una ley diversa de aquella que constitucionalmente corresponda. En Perú, el 25% del número legal de congresistas, conforme al art. 202, núm. 4, de la Constitución; de una tercera parte de los miembros del Senado o la Cámara de Diputados, conforme al art. 185, núm. 1, de la Constitución de 2010. En países con un sistema mixto de control de constitucionalidad, donde existe una acción abstracta de constitucionalidad que se puede ejercer solo frente a la máxima instancia del Poder Judicial, como es el caso de la Suprema Corte de México, la legitimación activa la tiene el 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados o del Senado, conforme dispone el art. 105 de la Constitución.

Humberto Nogueira Alcalá

Legitimación en los procesos constitucionales

El derecho a iniciar un proceso constitucional depende de la legitimación. Este es un criterio jurídico que nada se relaciona con el derecho de petición a las autoridades; es decir, existe un desmembramiento absoluto entre el "acto de pedir" (y, por tanto, debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el "derecho de pedir", porque este último refleja el verdadero problema a resolver.

La legitimación, entonces, se refiere a la capacidad para obrar dentro de un proceso. De allí que ocupa al actor, al demandado y aun a ciertos terceros.

En la tradición se confunde ser dueño del derecho con la posibilidad de reclamar cuando se sufre una afectación. Pero una afirmación como esta sería igual que presentar un obstáculo para el acceso a la justicia.

Al mismo tiempo, dar permiso a toda persona para que tenga posibilidad de reclamar por derechos que no tiene, sería riesgoso e improcedente, porque el derecho a estar en juicio comprende una sumatoria de requisitos, donde la legitimación es parte de ellas.

Cada uno de estos requerimientos va apareciendo ordenadamente. Primero, quien pide ha de tener capacidad; es decir, contar con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; esa capacidad civil no es igual a la capacidad procesal, que requiere mayoría de edad y tener legitimación *ad causam*. Esta legitimación en el proceso supone relacionar el derecho del que pide con la posibilidad jurídica de lograr ante la jurisdicción una tutela suficiente. Finalmente, esa legitimación en derecho debe vincularse con la legitimación *ad processum*, con la cual conseguirá la calidad de parte y entrar así en el proceso judicial.

Por eso, la doctrina más actual reclama un cambio en estas exigencias que condicionan la protección efectiva de los derechos del hombre. Pues bien, se observa que la legitimación en la práctica supone preguntar al que pide ¿usted quién es?, y si no tiene la suma de requisitos comentados, no contará con posibilidades reales de tener un juez ni un proceso. La pretensión de cambio es conseguir que en los procesos constitucionales se pregunte ¿qué quiere?, porque suele ser más importante el derecho a proteger que la persona que lo representa.

Lo importante que aparece a primera vista es que al individuo como tal se le otorgan una serie de atribuciones jurídicas que le corresponden en exclusividad. Estos que, ejemplificativamente, podrían ser los derechos civiles, no ofrecen mayores problemas, pues están bien perfilados y reconocidos como derechos subjetivos en el plano constitucional. Por lo común, no suscita inconvenientes conferir legitimación procesal a quien reclama su defensa.

Otras veces, los derechos que la misma persona tiene se difuminan o concurren con otros que se comparten en la vida de relación. La titularidad exclusiva aquí se esfuma, quedando atrapada la expectativa de su protección.

Lo mismo ocurre de frente a algún sector de los derechos políticos, donde la legitimación procesal se evade en categorías que no admiten, *prima facie*, reconocimiento alguno (por ejemplo, interés simple).

Este bosquejo simplista de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas llevadas al proceso le otorgará legitimación a quien demande o sea demandado, de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determinará la posibilidad de lograr protección jurídica.

Estar legitimado en el proceso supone tener una situación personal que le permita al individuo tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Sin embargo, enmarcar la cuestión en términos tan absolutos, reduce o simplifica la temática sin resolver su auténtica dificultad. En efecto, Bidart en la obra *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t. I) dice lo siguiente: "no se concilia con una buena relación entre lo constitucional (los derechos e intereses subjetivos) y lo procesal (legitimación) el reduccionismo egoísta que a derechos o intereses compartidos por muchos les reconoce la porción subjetiva y concreta que cada uno de esos muchos tiene en ellos, porque no encuentra en esa porción una situación con entidad subjetiva e individual ninguna diferencia con la de cada uno de los demás y, como consecuencia, tampoco reconoce legitimación procesal de uno o de algunos del conjunto. Parece que lo que es de todos o de muchos no es de nadie".

La gravedad del cuadro se advierte con mayor nitidez cuando se tratan de derechos políticos, difusos o colectivos, porque se bloquea la protección fundamental desde el simplismo de formular soluciones puramente académicas, que no tienen arraigo ni reconocimiento constitucional.

Es un círculo vicioso, no hay legitimación procesal, porque no se reconoce la subjetividad propia, concreta e individual en quien comparte grupalmente con otros aquellos tipos de intereses.

Por eso, en el estudio es importante advertir esta base que relaciona el sustrato constitucional con los presupuestos para tramitar un proceso útil y efectivo, donde no bastarán las definiciones clásicas que parten de exponer e interpretar a los códigos, sino, en todo caso, en darles a ellos una interpretación funcional que ponga a la legitimación como un problema de índole fundamental.

Legitimidad de los tribunales internacionales

La jurisdicción internacional no requeriría una justificación muy elaborada si esta no implicara un ejercicio de autoridad pública. Entendemos el concepto de autoridad como la capacidad legal de determinar a otros y de reducir sus libertades; es decir, de configurar unilateralmente su situación jurídica o de hecho. Actualmente es posible comprobar empíricamente que el poder de numerosas instituciones internacionales es similar al de las instituciones nacionales, tanto en su importancia como en su potencial para configurar y limitar la libertad. El hecho de que las sentencias internacionales frecuentemente no sean respaldadas por mecanismos coercitivos tiene poca relevancia desde el punto de vista de la legitimidad. Existen otras maneras de ejercer la autoridad pública, no menos decisivas e incisivas, que la aplicación coercitiva y que todo ejercicio de autoridad pública debe ser legítimo.

Tradicionalmente se considera que las sentencias internacionales se basan en el consentimiento de los Estados a quienes están dirigidas. Además, y particularmente cuando esas sentencias van más allá del texto normativo, estas son justificadas por la vía de narrativas funcionales en el sentido de que las sentencias internacionales promueven valores, objetivos o intereses comunes; incluso, en ocasiones emerge la expectativa de que los tribunales internacionales actúen en lugar de los mecanismos político-legislativos para conseguir los resultados, en beneficio del interés colectivo, que el proceso político "normal" no ha sido capaz de obtener.

A la luz del incremento en la autonomía de ciertos tribunales, así como de la amplitud de las materias controvertidas sobre las cuales deciden los tribunales internacionales, se constatan constelaciones en las cuales ni el consentimiento originario ni el objetivo funcional representan argumentos suficientes para responder a los cuestionamientos de legitimidad. Estos objetivos no pueden ofrecer bases suficientes para decisiones concretas, que inevitablemente también implican cuestiones normativas y de redistribución del poder o de los recursos. Además, los argumentos funcionales no ofrecen una solución para los casos en los cuales diferentes objetivos se encuentren en conflicto. En ocasiones, la jurisdicción internacional alcanza lo que todos quieren, pero no habían podido lograr. Pero esto puede ser un golpe de suerte. La historia advierte que no se debe confiar demasiado en gobernantes benevolentes e iluminados. La democracia, entendida como mecanismos de inclusión, es un ineludible fundamento.

Evidentemente, cualquier trabajo que se destine a indagar la justificación de las sentencias internacionales sería claramente inútil si la naturaleza de las sentencias correctas fuera la cognición. Aún prevalece la visión según la cual la correcta interpretación debe ser derivada de las disposiciones pertinentes, enmarcadas en la integralidad del tratado internacional respectivo, anclado en el orden jurídico internacional y aplicado al caso concreto de acuerdo con la lógica intrínseca del discurso jurídico. Ciertamente, los tribunales no contradicen esta visión de su labor; sin embargo, el significado concreto de una norma no puede ser descubierto, sino solamente creado. No obstante, la aplicación del derecho en el presente tiene que conectarse con el pasado, de ma-

nera que sea convincente en el futuro. Poder anclar las decisiones judiciales en prácticas discursivas es un elemento importante de su legitimidad. Es por eso que la justificación de las decisiones, es decir, los argumentos que dan soporte a una decisión judicial, son parte de la legitimación de los órganos judiciales.

El problema central relativo a la justificación de los tribunales internacionales, a diferencia de los tribunales nacionales, es que su autoridad pública no forma parte de un sistema político receptivo. Una de las más importantes lecciones del pensamiento constitucional moderno es que la creación legislativa del derecho y la aplicación judicial de este son dos fenómenos que deben permanecer separados y al mismo tiempo ser entendidos en su interacción. En las sociedades democráticas, la mayoría (usualmente entendida como el gobierno electo) puede intervenir en el orden jurídico por la vía de los procedimientos legislativos, y por ende, modificar el derecho. Está legitimación por la vía de la representación democrática es llevada al límite cuando se trata del derecho internacional.

Los problemas relativos a la justificación democrática de las sentencias generalmente se enfrentan a través de cambios en los procedimientos y por medio de procesos de reforma político-legislativa.

La tendencia hacia la ampliación de la participación en los procedimientos judiciales atestigua un creciente reconocimiento de que los efectos que producen los fallos trascienden a las propias partes. También existen tendencias hacia la expansión de la participación en los procedimientos, que pueden ser discutidas de mejor manera en relación con el papel del *amici curiae*. Sobre todo, la participación de las ONGs puede abrir potenciales de legitimación, ya que pueden tender un puente entre los procedimientos jurídicos y un público global o nacional; también pueden introducir perspectivas adicionales o pueden desencadenar procesos de mayor publicidad que contribuyan a la discusión y a la movilización del público en general.

La autoridad pública de los tribunales internacionales también requiere politización como parte de su justificación. Es un tema muy delicado; seguramente no proponemos "cortes politizadas" ni "juegos de poder" en el sentido común de estas expresiones. Más bien, concebimos la politización como respuesta al hecho de que los tribunales internacionales anhelan tener contrapartes político-legislativas, ya que las instituciones judiciales necesitan ser entendidas como parte de un contexto más amplio de la política democrática. Una vía clásica para lograr una mayor "politización" y legitimación democrática de una autoridad pública es la elección o selección de las personas que ejercen el poder. No es sorpresa para nadie que, cuando los tribunales se involucran en la creación judicial del derecho en áreas que son muy discutidas, las tendencias políticas de los jueces adquieren un papel preponderante. En la jurisdicción constitucional doméstica hay buenas razones para involucrar a los parlamentos en la elección de los jueces; podría ser beneficioso vincular a estos en la elección de los jueces de tribunales internacionales y además complementar su participación con una legitimación adicional, como la que ofrecen los órganos políticos internacionales y la sociedad civil internacional. No obstante, debe ser apuntado que el grado de justificación transnacional y cosmopolita depende de la calidad discursiva de la participación.

La fragmentación también crea problemas para la legitimación democrática de la autoridad pública de los tribunales internacionales. En respuesta, la interpretación sistemática podría ser una estrategia para frenar estos efectos negativos. El punto decisivo es que la interpretación de una norma "reside en el entorno jurídico más amplio, el «sistema» del derecho internacional en su conjunto". La integración sistemática es solo el objetivo señalado por las reglas de interpretación; aún más, las decisiones individuales están inmersas en contextos discursivos más amplios. En el curso de la fragmentación también es posible que diferentes concepciones compitan en un diálogo entre cortes. Las interpretaciones de tribunales funcionalmente especializados pueden ser alineadas por medio del lenguaje común del derecho internacional. Desde luego, esto requiere que los tribunales internacionales observen una actitud dialógica.

Por último, los problemas de legitimidad pueden ser disminuidos si se mantiene la responsabilidad política y jurídica que los órganos constitucionales nacionales poseen sobre la decisión de los efectos de las decisiones internacionales y si se tiene presente su papel fundamental para retroalimentar los desarrollos del plano internacional. En el estado actual del derecho internacional debería existir la posibilidad de que las decisiones acerca de los efectos de las normas internacionales, así como de las decisiones judiciales, sean tomadas sobre la base del orden jurídico nacional, al menos en las democracias liberales, y en la medida en que la norma o decisión internacional entre en severo conflicto con principios constituciones nacionales. Este enfoque libera al orden jurídico internacional de cargas legitimadoras, que no siempre estará en posición de aguantar.

Por último, es importante apuntar que el punto de partida de las justificaciones democráticas son los individuos, cuya libertad da forma a las sentencias, sin importar lo indirecto y mediado que esto resulte ser. De esta manera, la jurisdicción internacional en la constelación de la gobernanza global debe reconocer, por un lado, su base legitimadora en los Estados, pero al mismo tiempo deberá estar guiada por la idea de una ciudadanía transnacional y posiblemente cosmopolita.

Armin von Bogdandy

Lesa humanidad

La palabra "lesa" se refiere al adjetivo agraviado, lastimado u ofendido, mientras que la connotación demográfica de "humanidad" se asocia a la población mundial, por lo cual la combinación de ambas se refieren a las atrocidades que lastiman gravemente a todos los seres humanos, lo cual implica comportamientos cuyas características traspasan las fronteras de los delitos para considerarse como crímenes, cuyas primeras referencias se circunscriben a confrontaciones bélicas entre naciones. Así, en la Declaración de San Petersburgo del 11 de diciembre de 1868 se prohibió el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra entre naciones civilizadas, con el fin de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad. Posteriormente, en la conferencia de Paz de la Haya de 1899, el delegado ruso, Fyodor Fyodorovich

Martens, declaró: "Hasta que un código más completo de las leyes de guerra se emita, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública". Ello fue incorporado en el preámbulo del Segundo Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de guerra terrestre, tomando el nombre de cláusula Martens, la cual implica el deber del trato humano hacia los combatientes de guerra, de ahí que siempre esté presente en los subsecuentes instrumentos internacionales en materia humanitaria.

Ya en el siglo XX, durante la Primera Guerra Mundial, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia del 24 de mayo de 1915 proclamó que los crímenes cometidos por el gobierno turco en contra de la población Armenia en Turquía constituían crímenes contra la humanidad y la civilización. Con posterioridad, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 determinó cuáles son los crímenes contra la humanidad, mientras que la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945 los consideró como uno de los apartados de los crímenes de guerra.

Es en el art. 5o. del Estatuto de Roma, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, donde se agrega el vocablo "lesa" a los crímenes contra la humanidad, los cuales son enumerados en el art. 7o., a saber: "a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".

Las reglas de la responsabilidad penal individual están previstas en el art. 25 del Estatuto en los términos siguientes:

"1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

Los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *jus congenes*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su sanción es imprescindible. Por ello, los Estados miembros de la comunidad internacional tienen la obligación de enjuiciar o extraditar a los responsables (*aut dedere aut iudicare*) para que sean sancionados, sin que pueda impedirlo alguna forma de inmunidad o de prescripción; su aplicación es indistinta en tiempo de paz o de conflicto armado, y su jurisdicción es universal.

Enrique Díaz-Aranda

Ley

La etimología de la "ley" (del latín *lex, legis*) es dudosa: algunos la derivan del verbo *legare* en el sentido de "distribuir" (entonces, la palabra "ley" se entiende como acto que atribuye a cada uno lo suyo), o bien en aquel de "leer", a su vez ligado a la voz griega *gagein*, "decir" (entonces, individualizando una conexión las forma que se recitaban para crear vínculos obligatorios); otros del verbo *legare,* es decir, "delegar un poder" y, por extensión, "obligar", "disponer", etimología que también se encuentra en la raíz indo-europea *lagu* (véase, por ejemplo, *legislatio*), y finalmente, la derivan de "ligar" en el sentido de "delegar y vincular". Todas las diferentes propuestas reconstructivas afianzan en realidad distintos aspectos, pero igualmente presentes en la ley, y esto se confirma

con el correspondiente análisis etimológico de la correspondiente traducción en otros idiomas; por ejemplo, en inglés *law*, de *lagu*, que se traduciría con "establecer, poner, fijar" (a partir de la cual viene *to lay*), que en las formas más antiguas fue remplazado por *gesetnes*, que de inmediato reclamaba el *das Gesetz* alemán, que a su vez se refiere al verbo *setzen* (determinar, establecer, proveer), e igualmente al sustantivo *der Satz* ("frase", donde regresa el tema de la palabra, de la fórmula).

En un sentido amplio, con el término "ley" se entiende el conjunto de las normas en vigor en un ordenamiento, independientemente de la fuente de producción, aunque también como sinónimo de "derecho". Para entender el motivo por el cual la palabra "ley" se utiliza a menudo como una sinécdoque de *ius*, se requiere recorrer toda la historia del derecho de los clásicos hasta hoy día y, en particular, centrarse en la transición de la forma de Estado absoluto en sentido liberal. Sea tanto en el mundo griego como en el latín, la ley en sentido técnico es simplemente una de las diversas fuentes de derecho, en particular aquella de "lugar" de la asamblea popular e introducida por escrito; para los romanos es la contraposición a los *mores* (las costumbres, las tradiciones). En la Edad Media, salvo en Inglaterra, donde la ley, en concurrencia con el *common law,* debía siempre mantener los requisitos de racionalidad, se afirma la tendencia a hacer coincidir la ley con la voluntad del príncipe, cualquiera que sea su contenido. La extensión de significado, hasta la coincidencia con el derecho en su conjunto, se tiene con la aparición de los conceptos contractuales de soberanía y, por tanto, con el nacimiento de los Estados-nación; en primer lugar, a través del absolutismo, donde cada otra fuente del derecho que no fuera la ley puesta por el soberano se desligitimada; a continuación, en la transición a una forma de Estado liberal, donde los parlamentos se convirtieron en el lugar para garantizar los derechos y las libertades reclamados por la burguesía a través de las grandes revoluciones del XVIII, asumiendo las primeras cartas constitucionales de naturaleza felxible, y finalmente, con la venida del Estado democrático-social, donde las instituciones representativas se han convertido en "fabricas" de leyes, casi como factores de la producción de tipo industrial.

La contraposición entre *lex* y *ius* provee razones obvias en términos de contenido y no en el nivel de solo forma; de hecho, *ius* indicaba en origen sea el conjunto de las normas, sea el objeto de la justicia: el derecho debía ser "justo", dirigido al bien común, ¿y la ley? Una vez más, en la historia y en la filosofía del derecho se encuentra una tensión perenne entre las partes de los que abogan por un concepto de ley en sentido formal, como un acto deliberado de un proceso por un organismo competente, y aquellos que lo entienden en un sentido sustancial, como un acto caracterizado por un contenido preceptivo. Limitándose a la Edad Moderna, el primer sentido se toma en el sentido propio del positivismo jurídico, por el cual una ley es tal por el solo hecho de poseer la forma, con el único vínculo del respeto de las metanormas sobre la producción del derecho, mientras es indiferente el contenido que el acto asume. El segundo sentido es el de las teorías iusnaturalistas, por las cuales la ley no puede disolverse por mera arbitrariedad, ya sea por el príncipe, o bien por una asamblea electoral, y ha encontrado reconocimiento en la

forma del Estado democrático, en el principio de rigidez de la Constitución y en la consecuente difusión en Europa, sobre todo en la Segunda Posguerra, de la justicia constitucional, en función de las garantías de los derechos y las libertades fundamentales consagradas en la cartas fundamentales. Respecto al problema de la "justicia" de la ley (es decir, en términos de legitimidad), el primer significado de ley es el acto adoptado conforme al procedimiento normal previsto en la Constitución, mientras que en el segundo la ley debe tener también carácter normativo y, por tanto, cumplir con los requisitos de generalidad, abstracción y capacidad de innovación. Por último, se distingue entre ley en sentido formal y ley en sentido material, incluso cuando se aborda el problema de la "fuerza" de la ley (es decir, en términos de eficacia), en la que todos los ordenamientos también prevén otros actos con fuerza de ley, así como el derecho común, incluyendo aquí toda delegación legislativa, pero solo en algunas jurisdicciones (Italia y España) están incluidos los decretos de urgencia (decreto-ley y ordenanzas de necesidad, legislación delegada).

En sentido técnico jurídico, la ley es el acto público típico de ejercicio de función normativa por parte del Parlamento, aunque el mismo término se utiliza para indicar tanto el producto como el productor, o sea, tanto la norma entendida como acto, como el procedimiento que la ha puesto en marcha (procedimiento legislativo).

Por último, debemos destacar el papel de las diferentes fuentes de derecho que la ley desempeña en los sistemas del *civil law* y en aquellos del *common law,* donde el acto normativo del Parlamento toma el nombre del estatuto o *Act* (*Common law, Civil law, Statute law*). Como se sabe, estos últimos se definen como sistemas de derecho basado en la jurisprudencia; aunque la doctrina autorizada ha puesto de manifiesto la llegada del *Welfare State*, el *common law* ha llegado a la era de los *statutes* (Calabresi). La aparente paradoja (aunque en gran medida explicada por razones de orden histórico, cultural, social, geográfico, económico) se encuentra en el hecho de que en el Reino Unido, donde se predica en vía formal la máxima soberanía del Parlamento (tanto no es así que no existe una Constitución escrita para representar un límite al Poder Legislativo), la ley no vive por su cuenta, sino en cuanto a la integración de la jurisprudencia: es solo en el momento de la primera aplicación cuando la norma positiva pasa a formar parte de una *ratio decidendi* que recibe el soplo vital, y solo a través de estrictos cánones interpretativos muy rígidos (interpretación literal, la estricta construcción, regla de oro). El marco debe ser completado, sin embargo, recordando a una de las partes que en los Estados Unidos, la integración entre *common law* y *statutory law*, es siempre más flexible, incluso para la existencia de una Constitución escrita inmediatamente interpretada como la "Ley suprema del país", pero que un enfoque realista para el estudio de los sistemas de *common law* solo puede destacar hoy en día un papel crucial en la fuente legislativa sobre el derecho sustantivo, sea en el nivel cuantitativo por las materias disciplinadas con *statutes* (fuentes del derecho, formas de Estado).

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

Leyes autoaplicativas

El principio general del derecho dice que las leyes son de aplicación inmediata, a menos que el propio legislador difiera su vigencia en el tiempo; sin embargo, hay casos en los que la ley no produce efectos por su sola entrada en vigencia, sino que es necesario otro acto jurídico por parte de alguna rama del poder público para que la norma tenga plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico. Las normas que no necesitan de otro acto jurídico para tener plenos efectos dentro del sistema legal, y cuya aplicación no ha sido diferida en el tiempo por el legislador, son las denominadas "leyes autoaplicativas".

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido por lo menos tres criterios para identificar las leyes autoaplicativas. El primer criterio sostenido por la SCJN es que una ley es autoaplicativa si al momento de ser promulgada crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de manera inmediata a su promulgación, sin requerir ningún acto jurídico posterior para ser aplicada. Esto implica que su individualización es incondicionada; es decir, que cambia la situación jurídica de los destinatarios de la ley de forma instantánea. El segundo criterio que la SCJN ha desarrollado para saber si una norma es autoaplicativa es el que podría denominarse "el criterio de la conexidad". En efecto, si un quejoso se encuentra obligado por una determinada disposición legal autoaplicativa, y esta pertenece a un cuerpo normativo más amplio, entonces se considera que las otras normas que hacen parte de esa normatividad están conectadas o son conexas con la que se le quiere aplicar al quejoso, entonces estas también son autoaplicativas, pues comparten la característica de no necesitar de otro acto jurídico para afectar la esfera jurídica de los receptores de la norma. El tercer criterio es el siguiente: si una norma jurídica de forma inmediata, y desde que entra en vigor, modifica las relaciones jurídicas de un grupo de sujetos identificables frente al Estado o a terceros, ya sea otorgándoles derechos, o bien imponiéndoles nuevas obligaciones, entonces esa ley se considera autoaplicativa.

Contra las leyes autoaplicativas cabe la posibilidad de promover un juicio de amparo dentro de los quince días siguientes a la notificación de la norma que se demanda; sin embargo, el art. 17 de la nueva Ley de Amparo, sección primera, dice que el juicio de amparo podrá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la "norma general autoaplicativa". Las secciones tercera y cuarta del mismo art. también hacen excepciones al plazo para presentar el juicio de amparo. En el caso de la sección tercera, dice que si una norma llegara a privar del goce de los derechos agrarios a los núcleos de población comunal o ejidal, tendrán un plazo de siete años para presentar el correspondiente juicio de amparo. Por otro lado, la hipótesis planteada por la sección cuarta dice que si el acto reclamado tiene como consecuencia la privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de un procedimiento judicial, la deportación, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas, el reclutamiento obligado en las fuerzas armadas del Estado, junto con las prohibiciones establecidas en el art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el amparo podrá presentarse en cualquier tiempo.

Las leyes autoaplicativas están sujetas a ser controvertidas a través del amparo indirecto, ya que acorde con el art. 107 de la nueva Ley de Amparo, este juicio procede contra las normas generales que con su sola entrada vigor causen un perjuicio al que presenta la queja. El efecto de la sentencia que resuelva el amparo es que esa norma no tendrá validez y no se le podrá aplicar al quejoso en ninguna otra actuación sucesiva; en otras palabras, la sentencia de amparo declara que no hay validez personal de la norma atacada y, por eso, no puede volver a aplicársele al quejoso.

La otra acción que puede presentarse contra las leyes autoaplicativas es el amparo directo; sin embargo, este amparo no es para atacar directamente la norma acusada de inconstitucional, ya que este solo se puede presentar contra resoluciones judiciales. El amparo directo sirve para mostrarle al juez que al hacer la subsunción de los hechos lo hizo con una norma inconstitucional para el caso concreto, y por tanto, la subsunción debió hacerla con otra norma que esté de acuerdo con la Constitución. El efecto del amparo directo es que la norma no pierde su vigencia ni su validez personal, e incluso puede ser utilizada en otro proceso contra el promovente. La consecuencia de la sentencia de amparo es que si el juez encuentra que la norma es inconstitucional para ese caso concreto, esta no puede ser tenida en cuenta dentro del proceso del que el quejoso es parte y deberá buscarse la que mejor se adecúe al caso pendiente de resolución.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

Leyes constitucionales

En el derecho constitucional mexicano, la noción de leyes constitucionales hace referencia a las Constituciones que han estado vigentes en México a lo largo de su historia republicana. Este camino ha sido largo y complejo, como en general lo ha sido para todo los países en su conformación nacional; sin embargo, la pluralidad y la riqueza de los diferentes experimentos constitucionales mexicanos les ha permitido a otros países aprender de su experiencia en la configuración de sus respectivas Constituciones. Un ejemplo de esto son las leyes de reforma del siglo XIX, las cuales fueron la base de la legislación que otros Estados latinoamericanos tomaron para decretar una separación efectiva entre la Iglesia católica y el Estado.

Esta historia comienza con la independencia de México de España, que trajo consigo la necesidad de ordenar el territorio y establecer un sistema institucional que le permitiera al gobierno del naciente Estado mexicano tener la suficiente estabilidad y legitimidad para ser gestionado de una manera eficaz. Es así que nacen diversas Constituciones que buscaban dar cuenta, de la mejor manera posible, de los cambios políticos, económicos y sociales que tenían lugar a lo largo de los siglos XIX y XX. Por este motivo, se suele identificar los eventos constitucionales más relevantes con la triada de la Independencia, la Reforma y la Revolución, ya que cada uno de ellos obedece a un momento constitucional determinante. El primero hace referencia al momento en que el nuevo Estado se dota de una Constitución propia, de carácter federal, presidencialista y republicana, donde se declaró como religión oficial al catolicis-

mo; esta Constitución fue redactada en 1824. En 1835 se derogó la Constitución de 1824 y durante el período que va de 1835 a 1836 se proclamaron las Sietes Leyes Constitucionales de la República mexicana. Estas leyes eran de carácter centralista y conservaron la división de poderes, pero le agregaron un cuarto poder denominado "el Supremo Poder Conservador", el cual estaba integrado por cinco ciudadanos y tenía el poder de intervenir en las decisiones que tomaban los otros tres poderes públicos (el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial), bajo el supuesto que eran los verdaderos intérpretes del espíritu de la Nación.

Después de la Constitución de 1835 se expidió la Constitución de 1857; su inspiración era de carácter liberal, republicana y federal. Además, se estableció una clara diferenciación entre la Iglesia católica y el Estado. Este último punto generó tensiones con los conservadores mexicanos, pues de acuerdo con la Reforma, la Iglesia perdió muchos de sus privilegios tributarios, se le prohibió la compra de bienes y se expropiaron los que ya tenía para ser subastados por el Estado. Al mismo tiempo, la Iglesia perdió el monopolio de la educación para que la enseñanza fuera asumida en su totalidad por el Estado. En últimas, la Constitución de 1857 y las leyes de reforma lo que buscaron fue quitarle a la Iglesia los privilegios de los que había gozado durante mucho tiempo, con el fin de ponerla bajo las órdenes del Estado.

La Constitución de 1857, salvo el lapso de la invasión francesa, estuvo vigente hasta 1917 cuando se expidió la Constitución de Querétaro, la cual fue la primera Constitución con contenidos sociales a nivel mundial. Si bien los constituyentes de 1917 tomaron muchos aspectos de la Constitución anterior, también estuvieron atentos a los reclamos políticos y sociales dejados por la Revolución mexicana, que tuvo lugar entre 1910 y 1917. Gracias a ello, se introdujo, además de las doctrinas clásicas del constitucionalismo (como la división de poderes y la garantía de los derechos individuales), la cuestión social en una Constitución. Este paso fue decisivo, pues desde entonces el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos sociales a todos los que habitan en su territorio. Esta es la Constitución vigente de México, aunque ha tenido múltiples reformas. Una de las más importantes reformas a la Constitución es la que se hizo en 2011, pues se incorporaron los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano al derecho interno, y permitió la existencia de un control difuso por parte de los jueces de la República.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

Leyes heteroaplicativas

Las leyes heteroaplicativas son aquellas que necesitan de otro acto jurídico para poder tener plenos efectos dentro del ordenamiento legal. En efecto, hay leyes que no son eficaces con la mera promulgación, como sería el principio general, sino que necesitan de un acto jurídico complementario para que de ellas pueda predicarse eficacia. Sin la presencia de ese acto jurídico no es posible aplicar esa norma jurídica a ninguna de las personas que habitan dentro del territorio nacional.

La diferencia entre las leyes autoaplicativas y las heteroaplicativas es que las personas que son destinatarias de las primeras pueden ser determinadas con la simple promulgación y entrada en vigencia de la ley. Por el contario, en el caso de las leyes heteroaplicativas, el sujeto al que se le debe aplicar la norma jurídica solo se concreta cuando el organismo del poder público encargado de hacerlo expide el acto jurídico que es suplementario de la ley. El acto jurídico que le permite tener plena eficacia a una ley heteroaplicativa va desde un reglamento hasta una sentencia judicial. Por otro lado, las leyes heteroaplicativas no crean, modifican ni extinguen relaciones jurídicas de forma inmediata como lo hacen las leyes autoaplicativas. En otras palabras, las leyes autoaplcativas con el solo hecho de su promulgación y entrada en vigor modifican las relaciones jurídicas que existen entre el destinatario de la norma y el Estado, e incluso otros particulares. Las leyes heteroaplicativas, por el contrario, necesitan ser concretadas a través de un acto jurídico diferente del que las creó; en este orden de ideas, ellas no pueden ser aplicadas por las autoridades de forma directa, pues si llegaran a hacerlo, la consecuencia directa es que se estaría violando el principio de legalidad, uno de los pilares de cualquier orden constitucional. Así pues, las leyes heteroaplicativas no modifican de manera inmediata y directa la esfera jurídica de sus destinatarios, sino únicamente hasta cuando aparece el acto jurídico que le da plena eficacia a la ley. En conclusión, las leyes heteroaplicativas tienen la característica principal de ser plenamente efectivas solo después de un primer acto de aplicación, y su cuerpo normativo no puede ser aplicado directamente a los destinatarios de la norma.

La fracción primera del art. 107 de la nueva Ley de Amparo dice que el juicio de amparo indirecto procederá: "Contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso". En este orden de ideas, queda claro que las leyes heteroaplicativas pueden ser sometidas al juicio de constitucionalidad. Si una norma heteroaplicativa efectivamente está en tensión con el articulado constitucional, entonces el juez deberá ordenar que esa ley heteroaplicativa, o su primer acto jurídico de aplicación, no sea el criterio que se le aplique al quejoso, y no solo en ese proceso, sino también en cualquier otro proceso en el que él sea parte y se pretenda usar la misma norma para juzgar su situación jurídica.

Al mismo tiempo, las leyes heteroaplicativas pueden ser atacadas a través del juicio de amparo directo. Si bien el juicio de amparo directo está destinado a resolver controversias cuando se considera que una decisión judicial ha sido tomada violando una o varias disposiciones constitucionales, es posible presentar una reclamación contra el acto de aplicación de una ley heteroaplicativa, después de que se ha tomado la última decisión de instancia. Según el art. 170, inciso cuarto, de la Ley de Amparo es posible presentar un juicio de amparo directo: "Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva"; sin embargo, el efecto de la sentencia del juicio de amparo directo es diferente de la del juicio de amparo indirecto, pues en este caso la

norma acusada de inconstitucional puede ser utilizada en otro proceso contra el quejoso, pues se declara su inconstitucionalidad para ese proceso, pero no se afecta ni su validez ni su vigencia personal; por tanto, no "blinda jurídicamente", por decirlo de alguna manera, al reclamante.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

Leyes inconstitucionales

I. Estado de derecho. Todo derecho, por el solo hecho de existir como *formalmente válido* y *eficazmente vigente*, trata de satisfacer unos tipos constantes de necesidades humanas sociales, esto es, *finalidades funcionales de lo jurídico* o *funciones del derecho*, que, según Recasens Siches en la *Introducción al estudio del derecho*, son: "a) certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; b) resolución de los conflictos de intereses; y c) organización, legitimación y restricción del orden público". Las funciones básicas del derecho se satisfacen cuando existe un Estado de derecho. De acuerdo con Elías Díaz en el libro *Estado de derecho y sociedad democrática*, todo auténtico Estado de derecho debe cumplir con las siguientes notas características: "a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material". Existe una presión constante y legítima de nuestra sociedad actual de vivir en un Estado de derecho, que pesa sobre el legislador, el gobierno y los jueces, en el sentido de que en un contexto democrático no puede tolerarse que alguna ley inconstitucional sea rectora de la vida social. El Estado de derecho tiene su razón de ser en el imperio de la ley como una expresión de la voluntad popular, y con ello el sometimiento de todos los poderes a ella y a la norma fundamental del Estado para la eficaz protección y realización de los derechos, libertades, así como de las necesidades de los individuos. De esta suerte, el respeto a la carta fundamental, a la supremacía constitucional, es lo que imprime validez a todas y cada una de las normas de que está compuesto nuestro ordenamiento jurídico y los actos que de él derivan, lo que significa que solo un control constitucional eficaz permite la existencia del anhelado Estado de derecho. Dicho de otra forma, las normas inconstitucionales afectan al Estado de derecho, de forma que para la permanencia de este es necesario que el sistema jurídico establezca medios en que esas normas puedan ser combatidas.

II. Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. Con respecto a la Tesis: P. LXX/2011, con rubro "Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2011, dentro del control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación, vías directas de control, se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de amparo indirecto y el juicio de amparo directo. Por otra parte, se hace referencia a un control difuso, incidental, al que eventualmente los demás jueces realizan en los procesos ordinarios de su competencia, en el sentido de que están obligados a preferir los derechos humanos contenidos

en la Constitución y en los tratados internacionales, ello en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011; sin embargo, la forma en que deba operar el control difuso debe irse construyendo de manera armónica dentro del sistema, considerando que se trata de una vertiente reciente.

III. Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el libro *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, ha definido esta vía directa de control de la constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, la cual se demanda ante ella y consiste en el procedimiento abstracto de control (se hace referencia a un mecanismo de control abstracto cuando el examen de un probable vicio de inconstitucionalidad de la norma puede tener lugar sin que la norma de que se trate haya agraviado previamente a alguna persona) donde se resuelve la posible contradicción entre una norma general o un tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su integridad, y, en su caso, declara la invalidez total o parcial de aquellos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional. Bajo las condiciones que establece el art. 105, fracción II, de la Constitución, y atendiendo al ámbito de la norma que pretende impugnarse, están legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad: una fracción (33%) de la Cámara de Diputados, de los integrantes del Senado, de los órganos legislativos estatales, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, así como el procurador general de la República, los partidos políticos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Esta vía es la única para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución. El plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial relativo. Los arts. 61-63 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen los requisitos de la demanda. Con respecto a los efectos, la declaración de invalidez de la norma impugnada únicamente puede darse cuando la resolución es aprobada cuando menos por ocho votos, dando lugar así a una *sentencia estimatoria* que expulsa del ordenamiento jurídico a la norma, ello con efectos generales. En este aspecto y conforme a la Tesis: P./J.84/2007, con rubro "Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, la Suprema Corte tiene amplias facultades para imprimir efectos a sus sentencias, a fin de equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional en el caso de su conocimiento, salvaguardando de manera eficaz la norma constitucional violada, y evitando, al mismo tiempo, generar una situación

de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica que la ocasionada por las normas impugnadas, o invadir injustificadamente el ámbito decisorio establecido constitucionalmente a favor de otros poderes públicos. Incluso y con base en la Tesis: P./J.86/2007, con rubro "Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, existe la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral. Finalmente, en una sentencia desestimatoria, en cuanto a que se resuelva que la norma impugnada se apega a la carta magna, si la mayoría calificada de referencia realiza una "interpretación conforme" a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello también conlleva efectos en virtud de que se establece un alcance a la norma opuesto al que se podría otorgar, debido a que cuando la norma admite varias interpretaciones, se opta por la que derive en un resultado acorde al texto constitucional, asegurando la supremacía constitucional y, a la vez, permitiendo una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

IV. Controversia constitucional. Este medio de control de la constitucionalidad está regulado por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y tiene como propósito fundamental salvaguardar la soberanía de la Federación, de los estados y sus municipios, así como del Distrito Federal, mediante la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal y de la división de poderes. Igualmente, esta institución jurídica constituye un juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un estado, el Distrito Federal o un Municipio para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, transgrede el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la sabiduría popular. Así, lo característico de este medio, en el que se exceptúa la materia electoral, es que fundamentalmente se alega la invasión de esferas competenciales entre los poderes federales, locales y municipales. Son partes en la controversia el actor, esto es, la entidad, poder u órgano promovente, estando legitimados en tal sentido la Federación, cualquiera de las Cámaras del Poder Legislativo federal o la Comisión Permanente, el Poder Ejecutivo federal, las entidades federativas, los poderes estatales, los municipios, los órganos de gobierno del Distrito Federal y los órganos constitucionales autónomos; el demandado, pudiendo ser cualquiera de los facultados para promover la controversia; los terceros interesados, dentro de los cuales se pueden ubicar a las diversas entidades, poderes u órganos que pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse, y el procurador general de la República. Como regla general, el plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días (art. 21 de Ley

Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Los arts. 21 y 22 de la Ley Reglamentaria citada establecen los requisitos de la demanda y de la contestación de la demanda, respectivamente. Con respecto a los efectos, las resoluciones tienen efectos para las partes en la controversia; sin embargo, también pueden tener efectos generales la declaración de invalidez de disposiciones generales, cuando sean aprobadas por una mayoría de al menos 8 votos, en los términos que establece el penúltimo párrafo del art. 105 constitucional.

V. Juicio de amparo indirecto. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, en lo particular o conjuntamente (en términos de la fracción I del art. 5 de la Ley de Amparo), puede combatir normas generales (según lo dispuesto en el art. 107, fracción I, de la Ley de Amparo), en cuyo caso la demanda puede promoverse con motivo del primer acto concreto de su aplicación o por su sola entrada en vigor, independientemente de que en forma posterior la autoridad la aplique concretamente la ley. La aplicación de una norma general puede darse de varias formas, conforme a los criterios establecidos por el Poder Judicial de la Federación, en el sentido de que el acto concreto de aplicación de una norma se entiende no solo el que proviene de la autoridad, cuando por disposición de ley es la encargada de su aplicación, sino que ese acto específico de aplicación puede provenir de un particular que actúa por mandato expreso de la ley y que se reputa como tercero auxiliar de la administración pública, o bien del propio quejoso, cuando en acatamiento a lo que establece la norma general cuya constitucionalidad es cuestionada, la cumple sin que la autoridad, en el ejercicio de sus facultades de imperio, lo conmine a cumplir con la norma; esto es, el agraviado por sí mismo se coloca por exigencia de la ley en los supuestos previstos en la norma. Asimismo, a través de la jurisprudencia se ha establecido que en el caso de que las leyes requieran un acto de aplicación para afectar a alguna persona se les denomine heteroaplicativas, mientras que se les llama autoaplicativas, cuando por su sola entrada en vigor causan un perjuicio en la esfera jurídica de la persona. El plazo para promover la demanda de amparo en términos generales es de quince días; cuando se reclame una norma general autoaplicativa será de treinta días (art. 17, fracción I, de la Ley de Amparo). La norma general en la vía indirecta constituye un acto reclamado y tienen el carácter de autoridades responsables los titulares de los órganos del Estado a los que la ley encomiende su promulgación, aspectos que deben expresarse en la demanda de amparo, en términos del art. 108, fracciones III y IV, de la ley de la materia. La sentencia es recurrible en recurso de revisión (art. 81, fracción I, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, el amparo concedido contra la ley en la vía indirecta tiene por efecto invalidarla en relación con el quejoso, sin que pueda volver a aplicársele. Se trata pues de una protección plena, completa, contra una norma general que resulte irregular, de carácter inconstitucional.

VI. Juicio de amparo directo. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa puede reclamar sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellas, o bien que sea cometida durante el procedimiento, y afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo (art. 170 de la Ley de Amparo). A diferencia del procedimiento indirecto, en el amparo por la vía directa, aun cuando se pueden proponer a examen temas de constitucionalidad de leyes, las disposiciones jurídicas no pueden constituir un acto reclamado, este solo lo puede constituir la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio. De ahí que la Ley de Amparo, en su art. 175, fracción IV, párrafo segundo, establezca que cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que haya puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la norma general aplicada, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la norma general, debiéndose llevar a cabo la calificación de estos en la parte considerativa de la sentencia. Cuestionar la constitucionalidad de una norma general en el amparo directo a través de los conceptos de violación se traduce en un argumento más para decidir sobre la constitucionalidad del acto reclamado en esa vía. Si bien el juicio de amparo directo generalmente solo tiene una instancia, cuando se cuestiona la constitucionalidad de leyes admite una segunda, pues la sentencia que emita el Tribunal Colegiado en que se hubiera estudiado la constitucionalidad de la ley planteada podrá ser recurrida en revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (máximo intérprete de la carta magna), la cual decidirá en definitiva si la ley resulta o no inconstitucional (en términos del art. 81, fracción II, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, en la vía directa el amparo solamente se concede contra la sentencia, laudo o resolución reclamada, mas no contra la ley, ya que la norma general no constituye un acto reclamado, con ello limitándose el efecto a anular el acto por estar sustentado en una disposición inconstitucional, lo cual no impide, en principio, que en un futuro la ley se vuelva a aplicar al quejoso, puesto que la protección solo se constriñe al acto sustentado en la disposición inconstitucional, quedando así desprotegido contra futuras aplicaciones de la propia ley irregular.

Luis María Aguilar Morales

Leyes reforzadas

La característica esencial de las leyes reforzadas reside en su aprobación mediante un procedimiento más complejo respecto al *iter legis* ordinario de las demás leyes.

En algunos ordenamientos (por ejemplo, Francia o Portugal) si la ley afecta a una materia determinada, se exige la presentación previa de un informe por parte de un órgano constitucional, con valor vinculante o no; en cambio, en otros (por ejemplo, Suiza, Francia o Irlanda) hay que celebrar un referéndum. También puede ser imprescindible un acuerdo previo para ratificar

tratados internacionales o validar las leyes que regulan la relación con algunas confesiones religiosas.

A menudo, es necesario alcanzar una mayoría distinta según el tema regulado (por ejemplo, en Bélgica y en Eslovenia cuando está en juego la tutela de las minorías).

Una tipología específica de ley reforzada es la de las denominadas "leyes orgánicas", que son distintas de las leyes ordinarias en lo que se refiere al procedimiento de adopción, contenido y fuerza pasiva.

La Constitución francesa de 1958, en su art. 46, fija una serie de pautas de procedimiento sobre los tiempos de votación (en ningún caso antes de que hayan pasado quince días desde la presentación del proyecto) y la mayoría necesaria, que en este caso es la absoluta. Además, se encomienda al Consejo Constitucional el control previo de constitucionalidad al respecto.

En España, la Constitución de 1978, en su art. 81, establece que para aprobar, derogar o modificar esas leyes hace falta la mayoría absoluta del Congreso en la votación final sobre el conjunto; asimismo, otorga el carácter de orgánicas a las fuentes que afectan el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, así como las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen electoral general.

Sabrina Ragone

Libertad de expresión

La libertad de expresión, en general, es el derecho a exteriorizar o difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico del pensamiento, debiendo haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento. Esta libertad tiene una dimensión individual y una dimensión social, al garantizar no solo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Uno de los elementos fundamentales de la libertad de expresión es la información, vertiente a la cual se le dio especial énfasis a partir de su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde se diferencia entre la manifestación de ideas, opiniones o juicios de valor, y la información de hechos, noticias o datos en su doble vertiente de comunicar y recibir.

La libertad de expresión puede ejercerse verbalmente, en una reunión, una concentración o una manifestación; por escrito, a través de libros, periódicos, carteles o panfletos, y utilizando diferentes medios, como la radio, la televisión, el cine, el internet y demás medios de comunicación. La libertad de expresión engloba también las actividades intelectuales, así como las manifestaciones artísticas y culturales, como el cine, el teatro, la novela, el diseño, la pintura y la música.

En el ámbito de protección de la libertad de expresión deben contemplarse, además de las múltiples formas a través de las cuales las personas solemos expresar nuestras ideas, el espectro de los contenidos, como pueden ser las

manifestaciones de tipo político, científico, comercial, religioso, artístico, de entretenimiento, etcétera. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile) ha subrayado la importancia de la difusión del mensaje y su inseparabilidad de la expresión de este, al señalar que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Si bien, en principio, todas las expresiones están protegidas, no todas tienen el mismo nivel de protección, ya que este varía dependiendo de su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; es decir, existen casos en que la libertad de expresión debe ser mantenida con mayor énfasis, y en otros en que las restricciones que impondrían los poderes Legislativo o Judicial podrían ser toleradas más fácilmente; no todo lo que se expresa merece el mismo grado de protección. Por ejemplo, entre las expresiones que suelen dársele mayor relevancia y, por ello, ser de las que gozan de mayor protección, a través de requisitos más rigurosos que deben ser demostrados para justificar su restricción, se encuentran el discurso político, los asuntos de interés público, los que hacen referencia a funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos.

La libertad de expresión protege no solo la sustancia de la información y las ideas, sino también la forma o tono en que se expresan. Existen distintos tonos o modalidades y, en consecuencia, la protección de esta libertad comprende la manifestación de todo tipo de ideas y opiniones, desde aquellas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas, cultas, refinadas, elegantes, motivadas, puras, abstractas, destacadas, racionales o esporádicas, hasta "las opiniones o expresiones indeseables" que ofenden, inquietan o perturban al Estado o a cualquier sector de la sociedad, las cuales no pueden quedar excluidas como consecuencia de una interpretación restrictiva de la libertad de expresión. La Corte Europea de Derechos Humanos (caso de Muller y otros) refiere que "la libertad de expresión… es aplicable no sólo a informaciones o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas u objeto de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan, molestan al Estado o a un sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y de apertura mental sin las cuales no hay sociedad democrática"; este criterio es compartido por la Corte Interamericana.

Por otro lado, el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar, mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, pueden conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. Es importante enfatizar que no se reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita; es decir, no se amparan expresiones vejatorias innecesarias. Existen instrumentos internacionales que explícitamente prohíben ciertos contenidos de discurso por ser violentos y violatorios de los derechos humanos, como son los discursos sobre incitación al odio por motivos

discriminatorios, apología de la violencia, propaganda de guerra, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.

El valor fundamental de la libertad de expresión en un Estado democrático ha sido reconocido por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, convirtiéndola en una condición necesaria para prevenir sistemas autocráticos. La Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia que recayó en el caso "Handyside", señaló que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos principales de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de quienes la componen. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas) ha establecido de manera clara y precisa la relación entre democracia y libertad de expresión, al señalar que "la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse".

El ejercicio de la libertad de expresión se garantiza con la prohibición de la censura, que implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar un permiso a la autoridad, la única excepción a esta regla, establecida en el art. 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones "con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia". Desde luego, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, lo que no puede es sujetarse a medidas de control preventivo, solo puede someterse a responsabilidades ulteriores.

La libertad de expresión, al igual que los demás derechos fundamentales, no es un derecho absoluto en ninguna de sus manifestaciones específicas, motivo por el que puede eventualmente estar sujeta a limitaciones adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucional y legalmente protegidos, con los cuales puede llegar a entrar en aparente conflicto, entre los cuales se han aceptado los clásicos derechos a la vida privada, al honor, a la propia imagen, los ataques a terceros y a la moral, así como la incitación al delito y la perturbación del orden público. Cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación para determinar qué derecho prevalece en ese caso específico. Por otro lado, existe el derecho de réplica, que permite a toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que se difunda gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.

Luis Raúl González Pérez

Libertades públicas

Abordar el concepto de libertades públicas conlleva la necesidad de interrelacionar aspectos del ámbito filosófico, jurídico y político, toda vez que aquel conjuga elementos del espacio axiológico de los derechos humanos, del orden

legal y de los actos gubernativos de las instituciones del Estado contemporáneo. Esta voz, a pesar de su poco uso en nuestro contexto jurídico, reviste un gran valor conceptual, al proyectar la discusión acerca del alcance de los derechos humanos hacia el plano de la eficacia jurídica y la responsabilidad política del Estado en su materialización.

En tal sentido, es importante señalar que el tema de las libertades es uno de los referentes fundamentales para diferenciar al Estado antiguo y su idea del bien común, con el Estado liberal moderno y sus postulados acerca de la libertad del individuo, desplegada mediante el concepto de los derechos del hombre, de acuerdo con Bobbio en *El liberalismo y democracia*.

Así, para la historia moderna uno de los principales conceptos que fungen como catalizadores ideológicos es el de la libertad. Aquí resulta útil acudir a la historia política de la Inglaterra del siglo XVII para comprender esta primera asociación histórica de la libertad como factor limitante a la autoridad del monarca. La dialéctica histórica entre la naciente burguesía y la aristocracia inglesas produjo en ese siglo documentos de un valor excepcional, como *The Petition of Righs* de 1628, la *Ley de Habeas Corpus* de 1679 y *The Bill of Righs* de 1689. Es cierto que el alcance de las prerrogativas que sancionaban estas "cartas de derechos" era limitado, ya que en la práctica no correspondía a todos los integrantes de la sociedad, como si lo fueron posteriormente.

Para A. J. Carlyle, la libertad primero se concibe como una reafirmación de la comunidad política frente al poder de los monarcas, para devenir posteriormente en el espacio social de actuación del individuo. Este proceso histórico y político de definición de los espacios entre gobernantes y gobernados sentó las bases para que tiempo después, y en otro contexto, se pudiera acuñar el concepto de libertades públicas.

Por su parte, el especialista francés en derecho público, Jean Morange, señala que conocer el grado en el que se suscita la libertad del hombre ha sido objeto de consideraciones filosóficas e incluso teológicas; sin embargo, es necesario ir más allá y ubicarla en el plano concreto de lo cotidiano.

En diversos estudios es común encontrar las referencias a las libertades públicas aparejadas a los conceptos de los derechos del hombre o derechos públicos individuales. El motivo de ello es que históricamente los derechos humanos han sido asociados a la idea de libertad en la vida social, lo cual ha ocasionado que se les trate como una sola cuestión.

En México ha sido común ese equiparamiento. Al respecto, el jurista Andrés Serra Rojas, en su obra *Ciencia política*, al definir un régimen de libertades públicas lo hace equivaler a uno de derechos y deberes en la Constitución.

Asimismo, Manuel González Oropeza, en su artículo "Libertades constitucionales" del *Diccionario Jurídico Mexicano*, se refiere al concepto de libertades públicas partiendo de una sinonimia con las libertades constitucionales establecidas en catálogos denominados "declaraciones de derechos". Hasta aquí puede apreciarse que derechos del hombre y libertades públicas son conceptos estrechamente vinculados y muchas veces usados indistintamente.

En una ruta de delimitación del tema, resulta pertinente también retomar la acotación del autor argentino J. Bidart en el libro *Teoría general de derechos hu-*

manos, cuando señala que las libertades públicas son una denominación francesa relacionada a la de derechos y libertades civiles de la primera generación, que se han positivizado en el orden constitucional normativo.

Aquí conviene regresar a Jean Morange y su libro *Las libertades públicas*, para quien las libertades públicas representan un concepto ulterior al de los derechos humanos. Para él, las libertades públicas presuponen el reconocimiento a los individuos de su derecho a ejercer, al abrigo de toda presión exterior, cierto número de actividades determinadas, y corresponde al Estado, a través de un sistema jurídico específico, posibilitar las condiciones necesarias. El hecho de que estas libertades correspondan a realidades concretas las hace ser distintas a los derechos del hombre. Por ello, afirma también Morange, la función esencial del Estado es asegurar la conservación de los derechos humanos.

Estas consideraciones permiten ofrecer una importante precisión acerca de la diferencia entre los derechos humanos y las libertades públicas. En ello estriba la utilidad del planteamiento de Morange, al insistir que los derechos humanos son ideas generales y abstractas, en tanto que hablar de libertades públicas conlleva necesariamente la operación de un marco jurídico que posibilite el ejercicio de esos mismos derechos; es decir, que el disfrute cabal y el ejercicio de las libertades quedan asociados a la eficacia jurídica y constitucional del Estado. Esta idea del derecho público francés, relativa a las libertades públicas, está muy cercana en su fondo argumentativo a los planteamientos que hoy hace la postura garantista en su concepto de Estado constitucional de derecho.

Rodolfo Lara Ponte

Litigio de interés público

El litigio de interés público es una actividad técnica que tiene como propósito utilizar a los tribunales como mecanismos de cambio de las normas vigentes en un área determinada del derecho. Por lo general, se entiende que el cambio normativo que se pretende obtener traerá beneficios a la sociedad en general.

El litigio de interés público tiene como punto de partida el planteamiento de un asunto susceptible de ser conocido por los tribunales, en donde se involucren dentro de la litis una serie de cuestionamientos sobre los alcances de determinadas normas constitucionales u ordinarias. En estos casos, la pretensión de la parte actora va más allá de los intereses que se expresan en su demanda. Por ejemplo, en una demanda aparentemente lo único que se controvierte es la libertad de una persona; sin embargo, desde la óptica del interés público, el objetivo es no solo obtener la libertad de la persona, sino que con motivo del fallo se generen criterios jurisprudenciales tendientes a fortalecer el derecho a la libertad personal.

El origen del litigio de interés público se encuentra en el litigio estratégico, cuyas premisas son muy semejantes a las de aquel; sin embargo, la diferencia entre uno y otro es que en el segundo los resultados no necesariamente benefician a la sociedad en general. De esta manera, grupos, empresas o personas, en lo particular, emplean el litigio estratégico con el objeto de avanzar alguna

causa favorable a sus intereses. Ciertamente es necesario reconocer que bajo esta aproximación las diferencias entre litigio de interés público y litigio estratégico en muchos casos responden a criterios meramente subjetivos.

Los primeros casos de litigio estratégico se plantearon en los Estados Unidos de América (EUA); destacan especialmente los asuntos en donde se controvirtieron leyes relacionadas con la segregación racial. Dos de los asuntos más mencionados serán referidos a modo de ejemplo aquí. El primero se conoce como Plessy *vs.* Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). En este caso el objetivo era generar un precedente que permitiera debilitar la legislación segregacionista prevaleciente en el sur de los EUA con posterioridad a la Guerra Civil; para tal efecto un ciudadano negro decidió abordar un vagón del ferrocarril destinado a personas exclusivamente blancas. Cuando se le multó por esa conducta, decidió impugnar y con ello inició el juicio. La Suprema Corte de Justicia de los EUA resolvió el asunto al establecer la doctrina "iguales, pero separados", muy contraria a las expectativas de la parte actora. Con ello se garantizó la subsistencia de las leyes segregacionistas por otros cincuenta años. El segundo caso es Brown *vs.* Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). En este caso el objetivo era acabar con la segregación en las escuelas; para tal efecto niños negros solicitaron su inscripción en escuelas para blancos. Al serles negada la inscripción, los litigios iniciaron. En esta ocasión, varios litigios se acumularon y fueron resueltos por la Suprema Corte de los EUA en 1954. La decisión de la Corte modificó el criterio sostenido en Pleasy *vs.* Ferguson y sentó las bases para el fin de las políticas de segregación racial en EUA.

Los dos ejemplos permiten conocer algunas características de los litigios de interés público. Destaca, en primer lugar, la existencia de un cliente o representado. Esta cuestión es fundamental, porque obliga a los abogados encargados de llevar el caso a tener en alta consideración los intereses del cliente, incluso cuando estos pueden oponerse al interés público que dio origen al litigo. En segundo lugar, se tiene que tener claro el objetivo de interés público a obtener. Esto permite determinar qué tan viable es convencer a la sociedad, en general, y a un tribunal, en lo particular, para que acepte los argumentos. Esto último tiene mucho que ver con la naturaleza de la causa que se estima de interés público. Una tercera cuestión tiene que ver con el tribunal en sí mismo. La cuestión a dilucidar aquí está relacionada con la integración y los antecedentes del órganos resolutor. ¿Es posible esperar una acogida favorable por parte del tribunal o es mejor esperar a un momento posterior para litigar?

El litigio de interés público es una actividad que entraña diversos niveles de dificultad. A reserva de hacer un listado de las dificultades, baste con mencionar la problemática que se presenta con la determinación del tema a litigar. Por ejemplo, si lo que se quiere es avanzar en los derechos sexuales y reproductivos a propósito de la legalización del aborto, es necesario considerar que las posiciones legalizadoras pueden ser muy polémicas y gozan de poco consenso. En esas condiciones, ¿cuál es la estrategia idónea para abordar el tema desde el punto de vista litigioso?

José Antonio Caballero

M



Magistratura constitucional local

La magistratura constitucional local es un concepto que recientemente se ha acuñado en México (con la aparición de la llamada "justicia constitucional local" a raíz de la Constitución del estado de Veracruz, de febrero de 2000) para referirnos al órgano jurisdiccional encargado de proteger la supremacía de la Constitución de cada entidad federativa. En México la magistratura constitucional local tiene diseños diferentes en cada una de las entidades federativas que han incorporado a sus Constituciones instrumentos de control constitucional, así encontramos modelos de magistratura ordinaria que resuelve cuestiones constitucionales a través de sus plenos del Tribunal Superior de Justicia como Veracruz, Tlaxcala y Yucatán; o especializadas en salas constitucionales como los casos de Nayarit y Chiapas. Sin embargo, comparten una característica común: son órganos que siguen la tradición judicialista americana, al estar incorporada en el Poder Judicial estatal la facultad de ejercer el control constitucional.

La configuración, características y diseño de la magistratura constitucional resultan de vital trascendencia si se parte de la premisa que la jurisdicción constitucional debe ser considerada como una expresión viva del Estado democrático. El éxito de la justicia constitucional en buena medida depende de la configuración de un modelo de magistratura con cualidades de independencia, desde el punto de vista del contenido normativo, es decir, el sistema de garantías constitucionales para proteger a la magistratura y por otra parte las calidades personales de quienes se erigen como guardianes constitucionales. El órgano de control debe reunir características totalmente distintas a la jurisdicción de legalidad u ordinaria; en ello juega un papel fundamental el grado de especialización y perfil que debe tener el juez constitucional, los cuales resultan distintos a los que caracterizan a los jueces ordinarios. El mismo Kelsen en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución* identificó el perfil de los integrantes del tribunal constitucional, un número no tan elevado de sus integrantes, la confluencia del Ejecutivo y Legislativo en su designación, la presencia de juristas de profesión especializados, alejados de toda influencia política externa o interna.

Héctor Fix-Zamudio refiere que el estudio de la magistratura constitucional local debe ser abordado desde la perspectiva del derecho constitucional procesal, como una de las garantías constitucionales fundamentales de la jurisdicción constitucional. Es en esta categoría donde se ubica el estudio de la magistratura constitucional, es decir, el conjunto de normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

El fortalecimiento de la Constitución democrática como modelo para las entidades federativas depende en gran medida de las características que se adopten en la formación de la magistratura constitucional. Los principios de independencia, capacidad, inamovilidad, inviolabilidad y perfil de los magistrados constitucionales son elementos que caracterizan la magistratura constitucional.

La independencia es un principio fundamental de la magistratura constitucional, es un elemento consustancial de todo juzgador e infiere la libertad

que tiene cada juez para decidir controversias jurídicas con base en la ley y, en este caso, en la Constitución, libres de cualquier influencia externa no proveniente de la propia norma constitucional.

La capacidad profesional de los magistrados constitucionales tiene una conexión lógica con el conjunto de elementos personales y subjetivos que debe reunir el juez constitucional para hacerse merecedor de asumir la alta misión de ser garante de la supremacía constitucional. El juez, en su carácter de ser humano, estará siempre envuelto en una serie de experiencias, ideologías, pasiones, perversiones, principios, orientación política, etcétera. Además de ello, el juez constitucional debe contar con habilidades que le permitan captar las diferentes aspiraciones de los segmentos de la población para ir confrontándolas en el proceso de interpretación constitucional.

El principio de inamovilidad constituye un elemento externo de la función judicial que se traduce en la garantía constitucional concedida a los jueces para evitar que sean removidos del cargo por circunstancias ajenas a las previstas en la propia Constitución.

La renovación periódica de la magistratura constitucional debe imperar como elemento fundamental del control local, pues permite la incorporación de nuevos criterios que coadyuvan a oxigenar la actividad jurisdiccional, además de evitar que los integrantes del tribunal adquieran compromisos con las autoridades que los nombran o postulan y resten su independencia. Con la renovación periódica de los integrantes del tribunal constitucional se garantiza también el principio democrático; esto permite a los órganos del poder político que confluyen en la designación de los magistrados constitucionales incorporar nuevas generaciones de jueces que vendrán a revolucionar el pensamiento constitucional. Además, se evita caer en una dictadura totalitaria ejercida desde el poder de los jueces.

La inviolabilidad constituye una garantía externa protectora de la función de los integrantes del tribunal constitucional; se manifiesta por medio de la protección que la Constitución consagra a favor de determinados funcionaros del Estado para evitar que sean reconvenidos, perseguidos o reprendidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de la función pública.

El sistema de nombramiento de los magistrados constitucionales debe garantizar la participación de los poderes democráticos en la conformación del tribunal constitucional. La intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el proceso de nombramiento de los integrantes de la magistratura constitucional es plenamente justificable porque permite la participación indirecta de los ciudadanos en la formación de un poder del Estado, que no emana de la voluntad popular directa. El tribunal constitucional como órgano del Estado debe tener una legitimación democrática que emana de los órganos de representación popular.

La inmunidad procesal como garantía de la función judicial se expresa como la imposibilidad de que los jueces constitucionales sean enjuiciados por las opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones o bien sean llevados a un proceso penal por la comisión de delitos durante el ejercicio del cargo.

Magistratura estatal y consejos de la judicatura

En una Federación como México existe el poder federal y los poderes locales, cada uno con sus funciones establecidas desde las constitucionales nacionales en diversos grados y las Constituciones locales.

En México, el reconocimiento y la función del Poder Judicial de los estados se encuentran contenidos en la frac. III del art. 116 de la Constitución Federal (CPEUM), que en su redacción original de 1917 no señalaba nada al respecto. A la fecha, esa fracción ha tenido dos reformas. En la CPEUM no hay indicación de los consejos de la judicatura estatal, dejando libertad de configuración a los estados y desarrollándose posteriormente por la Suprema Corte, como veremos.

La primera reforma —martes 17 de marzo de 1987— estableció por primera vez en la Constitución mexicana los parámetros de los poderes locales, reconociendo la división de poderes en cada uno de los estados e incluyó en la CPEUM las bases para la regulación del Poder Judicial estatal. Su objetivo fue perfeccionar la administración de justicia en México.

De manera individual fueron seis los lineamientos que se incluyeron y que garantizarían la independencia del Poder Judicial —*cfr*. Collí Ek, Víctor, *La magistratura estatal*, Porrúa, 2010—.

En el párrafo segundo el reconocimiento de la independencia del Poder Judicial, al garantizar que el ejercicio de las funciones de magistrados y jueces se regule en los textos constitucionales estatales y en las respectivas leyes orgánicas.

En el tercer párrafo la obligación de cumplir con los mismos requisitos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia.

El cuarto párrafo las características que deben ser tomadas en cuenta al hacer los nombramientos de jueces y magistrados.

En el párrafo quinto la facultad de los tribunales superiores de justicia para designar a los jueces de primera instancia o sus equivalentes, en cualquiera de los estados.

En el párrafo sexto el tiempo durante el cual los magistrados ejercerán y durarán en su cargo, pudiendo ser reelectos y cuya permanencia dependerá únicamente del desarrollo de sus funciones, pudiendo ser privados solo en los términos de la propia Constitución o de las leyes de responsabilidades de los servidores públicos del estado.

En cuanto al último párrafo, la remuneración que los empleados del Poder Judicial deben percibir y que debe de cumplir con las siguientes características: adecuada, irrenunciable y no podrá ser disminuida durante el periodo de ejercicio.

La segunda reforma constitucional —31 de diciembre de 1994— afectó, por un lado, lo relacionado con los requisitos a cumplir para ocupar el cargo de magistrado, y derogó la facultad dada a los tribunales para nombrar jueces, que se consideró rígida, por una más flexible que permitiera a los estados decidir cómo se harían estos nombramientos.

La magistratura estatal no puede estudiarse o entenderse a cabalidad si no se estudia en el desenvolvimiento político real dentro de una Federación, lo que la hace convivir con el tema del *federalismo judicial*.

En México encontramos 3 diferentes acepciones sobre *federalismo judicial*: *a)* como defensa de la legalidad estatal, entendido como *casación*; *b)* como defensa de la constitucionalidad nacional; *c)* como defensa de la constitucionalidad estatal o local —*cfr*. Collí Ek, Víctor, "Federalismo judicial en México. Concepciones, evolución y perspectivas", *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 17, 2013—.

En un primer discurso o sentido, escuchamos hablar de *federalismo judicial* como la creación de cortes estatales de casación, que a manera del modelo francés reconcilien a la norma jurídica no satisfecha. Esto se enlaza con el tema del amparo en negocios judiciales, la idea de que el juicio de amparo permite a los tribunales federales revisar las sentencias definitivas de los tribunales locales, y con esto tener capacidad de decisión sobre todo aquello que pueda ser materialmente jurisdicción de los estados, algo que se ha arreglado un poco con la reforma a la CPEUM, respecto al juicio de amparo del 6 de junio de 2011, donde se le otorgó mayor autonomía a las decisiones de los tribunales locales.

En el segundo sentido, por ese término se suele entender las consecuencias de una interpretación de la CPEUM, o comúnmente llamada control difuso, lo que durante décadas se prohibió por la Corte mexicana, algo que a partir de junio de 2011 ha ido cambiando, especialmente con la revisión de las implicaciones del Caso Radilla Pacheco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de la reforma a la CPEUM en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, con la introducción del *principio pro* persona.

El tercer sentido sobre el federalismo judicial deviene igualmente del entendido de un sistema de defensa judicial de la constitucionalidad, pero atendiendo a la naturaleza federal de México, esta constitucionalidad ahora se refiere a los textos fundamentales de cada estado. En este entendido, federalismo judicial sería igualmente la facultad de los tribunales estatales de decidir a partir de su Constitución local. Algunos esfuerzos se han generado para introducir sistemas de control constitucionales en las Constituciones estatales, el primero de ellos fue el estado de Veracruz en 2000 y a partir de ahí, cada vez más estados han logrado introducir estos sistemas en sus textos constitucionales, generándose una variada muestra de desarrollo.

Si el establecimiento de los Poderes Judiciales locales en el texto constitucional fue necesaria, y la interacción de estos poderes a través de la magistratura y jueces locales se ha hecho fundamental, analizada la situación actual de su actuación, vistos los tres ángulos del federalismo judicial, un tema trascendente para el desempeño legítimo de los jueces locales ha sido históricamente y lo es en la actualidad el de la garantía de su independencia.

Es aquí donde vemos que se ha introducido a la escena los Consejos de la Judicatura, que como se ha indicado no hay un mandato de la CPEUM para su inclusión en todos los estados —aunque a la fecha 24 estados contemplan un órgano de administración y vigilancia en sus Constituciones estatales (*cfr*. Collí Ek, 2013)—, pero la Corte en su jurisprudencia de la independencia judicial ha señalado la necesidad de incluirlos en las cartas fundamentales locales.

Si el texto constitucional estableció los lineamientos de la magistratura estatal, una de las grandes tareas del desenvolvimiento adecuado de su fun-

ción ha sido la defensa de su independencia, esto ha encontrado un refrendo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, en su interpretación de los alcances de la garantía de independencia judicial estadual, ha establecido grandes criterios, de los que se pueden destacar el establecimiento de requisitos mínimos que las Constituciones locales deben contemplar —*cfr*. Collí Ek, Víctor, "La doctrina constitucional sobre la independencia judicial estatal en México. Voz de la Suprema Corte", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 20, 2012—.

Estos requisitos implican la previsión de: *a)* número de magistrados determinado del órgano cúspide del Poder Judicial de los estados; *b)* los jueces de primera instancia; *c)* cualquier órgano en el que se deposite el ejercicio del Poder Judicial del estado; *d)* órgano del Poder Judicial del estado que se encargue de la administración, vigilancia y disciplina de los servidores del Poder Judicial del estado, así como el garantizar las condiciones de su ingreso, formación y permanencia, donde entran a la escena los consejos de la judicatura local; *e)* las atribuciones esenciales del órgano cúspide; *f)* el o los órganos que participan en el procedimiento y el mismo procedimiento para nombrar magistrados; *g)* los requisitos mínimos para ser nombrado juez; *h)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los magistrados; *i)* el órgano u órganos competentes —colegiados— para conocer y resolver el procedimiento para remover magistrados; *j)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los jueces; *k)* el órgano competente —colegiado— para resolver sobre la remoción de los jueces; *l)* el procedimiento de remoción de los jueces, *m)* un sistema que garantice la permanencia de los magistrados.

Víctor Manuel Collí Ek

Magna Carta Libertatum

La *Magna Carta Libertatum* es la Gran Carta de las libertades que el Rey Juan Plantagenet (mejor conocido como Juan Sin Tierra) fue obligado por sus barones a conceder y firmar cerca de Runnymede, el 15 de junio de 1215. Representó el primer documento fundamental para la concesión de los derechos de los ciudadanos y, entre otras cosas, prohibió al soberano establecer nuevos impuestos sin el previo consentimiento del Parlamento, y garantizó a todos los hombres que no pudieran ser encarcelados sin antes haber tenido un juicio regular (*hábeas corpus),* reduciendo así el poder arbitrario del rey en términos de arresto preventivo y detención. En el transcurso de los siglos, la *Magna Carta* ha sido varias veces modificada, pero sigue siendo hasta la fecha una de las fuentes escritas de la Constitución no codificada del Reino Unido.

Justin O. Frosini
(traducción R. Tolentino)

Manifestación de personas

El proceso foral aragonés de *manifestación de personas* era un medio de defensa *ex profeso* de salvaguardia y custodia de la libertad personal que estatuía el *privilegio general*. Su función teleológica es comparada con el interdicto *homine*

libero exhibendo y con el *habeas corpus*, precedentes español, romano e inglés, de los procesos constitucionales de la libertad contemporáneos.

La *manifestación de personas* se define como la facultad del justicia mayor o de sus lugartenientes de emitir una orden de mandato a cualquier juez u otra persona que tuviera ante sí a un preso, pendiente o no de causa, para que se lo entregasen, a fin de que no se hiciese violencia alguna contra él antes de que se dictase sentencia; después de lo cual, si la sentencia no estaba viciada, el justicia ordenaba la entrega del preso a la autoridad que sobre él había sentenciado, a fin de que dicha sentencia se cumpliese del modo ordinario.

A través del proceso de *manifestación de las personas* se apartaba a la autoridad de su acción contra la persona previniendo toda arbitrariedad o tiranía en favor de los aragoneses y de quienes habitasen Aragón, aunque no fuesen naturales del reino. Se demandaba por quien, preso o detenido sin proceso o por juez incompetente, recurría al justicia contra la fuerza de que era víctima y, en su virtud, en ciertos casos quedaba libre un día, aunque en lugar seguro y si examinado el proceso debía seguirse, el presunto reo era custodiado en la cárcel de los manifestados, donde, al amparo del *justicia mayor*, esperaba, sin sufrir violencias, el fallo que recayera. Ese procedimiento garantizaba a las personas en su integridad y en su libertad.

La *manifestación de personas* tuvo su época de máximo prestigio durante el periodo foral, ya que fue solo hasta entonces cuando esa clase de procesos se dieron en todas sus categorías y en todos sus tipos en la fase *post foral*, esa clase de procesos comenzó a disminuir notoriamente, tanto en sus antiguos prestigios y eficacia, supuesto que fue abolida la manifestación de las personas, quedando ésta en manos de los jueces reales, con lo que, naturalmente, se perdió uno de los privilegios que más cualificaban a las llamadas "libertades aragonesas". El verdadero origen, así como la auténtica significación de la *manifestación de personas*, fue el siguiente: el de librarlas de la opresión que padecieron, ya fuese por torturas, o bien, de alguna prisión inmoderada, que hubiese sido decretada por los jueces reales.

Al igual que el *jurisfirma*, el proceso foral aragonés de *manifestación de personas* desaparece mediante los decretos de Nueva Planta del 29 de junio de 1707, y especialmente por el decreto del 29 de julio de 1707, expedido por Felipe V, primer rey borbónico.

Finalmente, debe advertirse que la *manifestación de personas* es un precedente del amparo porque tiene análoga estructura procesal y similares efectos a éste, en específico, dentro de su sector conocido por la doctrina como *amparo libertad* o *hábeas corpus*.

Juan Rivera Hernández

Marbury *vs.* Madison

Si las revoluciones francesa y americana, con sus grandes declaraciones de derechos, pueden considerarse como el hito histórico a partir del cual se inicia el largo periplo del derecho constitucional en la afirmación de la dignidad humana y los valores de libertad e igualdad, la sentencia dictada el 24 de febrero de 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso

Marbury vs. *Madison*, puede ser considerada también como el hecho histórico más importante que ha marcado una ruta vital en la protección jurisdiccional contemporánea y cosmopolita para el mundo occidental de dichos valores: la concreción tan explícita que hizo el *Chief Justice*, John Marshall, de la posibilidad de que los jueces examinen la constitucionalidad de las leyes.

La impronta creadora de Marshall no tendría, sin embargo, un efecto inmediato. La doctrina de la *judicial review* por él expuesta en el famoso fallo no sería aplicada sino hasta muchos años después por la Corte Suprema estadounidense en el no menos famoso caso *Dred Scott* vs. *Sanford*, en 1857; no obstante, la huella de Marshall ha sido determinante en la asunción de dicha facultad por los jueces norteamericanos y, por ende, en la evolución misma de su derecho constitucional. Hoy, Marshall es considerado uno de los mejores jueces de la historia norteamericana y el caso *Marbury* vs. *Madison* uno de los más emblemáticos fallos de la Corte Suprema y su estudio imprescindible en cualquier manual de derecho constitucional de ese país.

Los hechos del caso, en esencia, eran los siguientes: el presidente de los Estados Unidos, John Adams, le había propuesto a John Jay, a la sazón primer presidente del Tribunal Supremo de la Nación (1789-1795), para que siguiera en el mismo cargo; esto es, para que fuera reelecto. Era el año 1800. Jay, sin embargo, había rechazado la propuesta. En vista de ello, y ya en los tramos finales de su presidencia, Adams hizo dos nombramientos si bien con aprobación del Senado: por un lado, nombró a John Marshall como *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación, quien era uno de sus hombres de confianza (había sido su secretario de Estado), y a Marbury, otro miembro de su partido, para el cargo de juez federal del distrito de Columbia. A John Adams le sucedería, en la presidencia de los Estados Unidos, el flamante mandatario Jefferson. Sin embargo, el decreto de nombramiento para el cargo del juez federal aún no había sido enviado a Marbury. Fue así como éste había peticionado que se le entregara la credencial correspondiente por el secretario de Estado, quien recaía en la persona de Madison, nombrado por la administración del presidente Jefferson y calificado como uno de los más notables de su partido; sin embargo, éste se resistía a cumplir con entregar a Marbury su decreto de nombramiento del gobierno saliente. Y, en honor a la verdad, era el mismo presidente Jefferson quien había ordenado a Madison que retuviese la credencial. Frente a tales hechos, Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de mandamiento (*Writ of mandamus*) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpla con entregar el decreto de su nombramiento, invocando una Ley, la *Judictiary Act* de 1789, que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos.

La sentencia del Tribunal, presidida por Marshall, reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste a que se le notifique dicha credencial; igualmente reconoce que tal notificación no es un poder discrecional del presidente y del secretario de Estado. Pero luego razona también que, según la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo es sólo una instancia de apelación, por lo que la *Judiciary Act* de 1789, al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que librara órdenes

a la administración, resultaba inconstitucional y el propio Tribunal Supremo la debía declarar inaplicable por esta razón.

A decir verdad, Marshall constituye uno de los más grandes magistrados de todos los tiempos, cuya extraordinaria personalidad llevó a los demás integrantes del Tribunal Supremo a identificar consensualmente sus convicciones jurídico-políticas, abriendo camino sobre su propio andar, a través de sus magistrales fallos. Bernard Schwartz ha quintaesenciado bien las características de este *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación: *a)* en primer lugar, se evidencia claramente en la cosmovisión política de Marshall su profunda convicción de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el Tribunal Supremo era el que debía elaborar la doctrina constitucional; *b)* en segundo lugar, se constata en Marshall su liderazgo judicial, cuyo Tribunal duró 34 años bajo la batuta de este hombre cuyos orígenes paradójicamente no fueron de formación jurídica, sino de predios castrenses; *c)* en tercer lugar, el liderazgo no sólo radicaba en la formalidad del cargo de presidente del Tribunal Supremo sino, y básicamente, por la forma en cómo llevaba a sus colegas a sentenciar los grandes casos que se le presentaban, y *d)* Marshall sigue siendo el mejor juez de la historia del derecho norteamericano debido a la calidad de sus sentencias .

Pero, además de ello, es también John Marshall un gran precedente en la literatura jurídica sobre la teoría de la argumentación, como lo pone de relieve Carlos S. Nino, cuando pretende descubrir en la sentencia del caso *Marbury* vs. *Madison* la denominada "lógica Marshall", que formula en los términos siguientes: *a)* premisa 1: el deber del Poder Judicial es aplicar la ley; *b)* premisa 2: cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra; *c)* premisa 3: la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley; *d)* premisa 4: la supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, ésta segunda deja de ser una ley válida; *e)* premisa 5: la negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso; *f)* premisa 6: el Congreso está limitado por la Constitución; *g)* premisa 7: si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria; *h)* conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

En consecuencia, el fallo de *Marbury* viene a ser, a todas luces, una pieza de razonamiento que antecede a la actual teoría de la argumentación jurídica. Y es que Marshall no encontró más que una norma y, a partir de ella, la Constitución, afirmó un razonamiento práctico formidable. Marshall se encontró con un papel —la Constitución— y lo hizo poder. Se encontró con algo muerto y lo revistió de carne y hueso. En suma, llegó al razonamiento jurídico de que cuando exista un conflicto entre una ley ordinaria, fruto de un poder constituido, y una Constitución, fruto de un poder constituyente, el juez debe preferir a la Constitución y desaplicar a la ley que acusa una manifiesta incompatibilidad con el comando mayor de la norma, siempre en el curso de un proceso concreto (*case or controversy*).

A doscientos diez años de esta famosa sentencia, esto es, a más de doscientos diez años de inaugurado el sistema de revisión judicial de las leyes en Estados Unidos, la evolución de esta potestad jurisdiccional ha sido muy amplia y el control de los jueces sobre la política ha abarcado materias muy diversas que van desde el comercio hasta el polémico tema del aborto. Asimismo, el carácter de dicho control también ha sufrido muchos cambios, que van desde iniciales épocas de acentuada restricción como en la era *Lochner*, donde la Corte Suprema y los jueces eran más bien permisivos a las medidas dictadas por el Congreso y el gobierno, hasta momentos de gran activismo judicial como en la época del no menos famoso *Chief Justice* Earl Warren.

Gerardo Eto Cruz

Margen de apreciación nacional

Es un ingrediente esencial de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde hace décadas. Una herramienta probablemente *necesaria* para una protección internacional en un escenario de intenso pluralismo cultural como es el europeo. Pero no por ello menos *controvertida*, dada la inseguridad jurídica que produce su aplicación, y el debilitamiento de la garantía jurisdiccional de los derechos en algunos casos, si bien, en otros, puede ser bueno que la solución del conflicto no sea común. Se funda en una diplomática deferencia que deja el enjuiciamiento de algunas interferencias en manos de los Estados en ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales. Su aplicación posee una acusada *concreción* o dependencia del contexto. Es fruto de una interpretación tópica más que sistemática y se presta mal a análisis abstractos.

I. Soberanía nacional y subsidiariedad. Bajo la doctrina del margen subyace la soberanía de los Estados; pero los derechos humanos son hoy un serio límite a la misma y la relativizan en el seno de una protección colectiva: una soberanía en transición. Esta doctrina no está recogida de forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni fue debatida en los trabajos preparatorios. Pero es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, propia de una protección internacional, que debe producirse siempre después de la interna y en defecto de la misma —agotados los recursos previos—, y que, en sí misma, parece comportar un limitado poder externo de sustitución.

II. Origen, concepto, justificación. Procede de las técnicas del Consejo de Estado francés y de la categoría de discrecionalidad administrativa. Pero el Tribunal Europeo (TEDH) ha desarrollado la idea con perfiles propios. No obstante, fue la Comisión quien la creó en casos como el de la denuncia del Reino Unido a Grecia por implantar medidas de emergencia en Chipre y en otros ligados al art. 15 CEDH, que permite derogar las obligaciones en supuestos de guerra o de peligros públicos. El margen está allí ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar la situación de emergencia, que limitaba la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen excepcional que explica la tosquedad de la técnica, pero que corresponde mal con su normalización como herramienta jurisdiccional. El TEDH nunca la ha definido con precisión, pero ha invocado la subsidiariedad

como su fundamento, y reclamado la libertad de configuración del legislador nacional para cohonestar intereses complejos y contrapuestos. El margen traza una imprecisa línea divisoria entre las cuestiones sobre derechos que deben decidir las autoridades nacionales, y las que deben armonizarse a nivel europeo, fijándose unos estándares mínimos y comunes. El Convenio Europeo no es una declaración federal de derechos y cierta autocontención del TEDH parece normalmente necesaria en terrenos como son la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad ordinaria y la libre configuración doméstica de los derechos por el legislador. La justificación de esta cortesía o deferencia no es otra que el carácter internacional de la garantía y el fuerte pluralismo cultural de los pueblos europeos.

III. Elementos del juicio sobre el alcance del margen. Propuestas de desagregación. Son diversos los elementos que el TEDH pondera en la determinación de este margen, tantos que producen la sensación de una simple *commixtio*. Además no siempre se explicitan las verdaderas razones de la autocontención, como en toda buena diplomacia. Tres son los más importantes. Primero la existencia o no de un mínimo denominador común europeo en la regulación de la institución controvertida: un *common background;* se investiga —cada vez más— mediante el uso de un singular método comparado y es el ingrediente central. Segundo, la naturaleza del derecho vulnerado, pues no cabe margen alguno en derechos absolutos como son la vida y la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, mientras, en un círculo externo de derechos —así la propiedad—, el escrutinio europeo puede ser menos intenso. Tercero, el objeto de la regulación, cuestiones como son las atinentes a la libertad religiosa —el uso del velo o del crucifijo en las escuelas…— o las leyes electorales donde las situaciones nacionales son muy dispares se prestan a permitir respuestas diferentes a los Estados; pero son pautas imprecisas y el uso del margen se revela de geometría variable. A veces incluso se invoca el margen de forma retórica en las sentencias para, legitimar la decisión, y se procede inmediatamente a un escrutinio estricto. Algunos hemos realizado propuestas de desagregación de estos ingredientes, demandando al TEDH una mayor motivación y explicitación del fundamento del recurso al margen.

IV. Integración en el principio de proporcionalidad. El margen debe integrarse como un ingrediente más del juicio de proporcionalidad. Un límite estructural a su aplicación plena que permita no entrar a revisar la interferencia en ciertos casos, si el fin de la restricción es legítimo, la medida es necesaria en una sociedad democrática según las autoridades nacionales, y todo ello no resulta arbitrario o irrazonable a los ojos del TEDH. El margen puede esgrimirse a instancia de parte o de oficio, para reducir la intensidad del control europeo.

V. Críticas doctrinales. ¿Universalismo o localismo? ¿No sería más deseable crear un *ius commune* en la cultura de los derechos? ¿No debería prevalecer el uso de lo que he llamado un "principio de integración funcional"? Tres tipos de respuestas doctrinales se han producido. Unos creen que el margen es una doctrina resbaladiza y elusiva que lleva a abdicar del enjuiciamiento europeo en casos difíciles y políticamente sensibles. Otros, por el contrario, alaban este pragmatismo como manifestación de prudencia y respeto al plura-

lismo, y de freno a un creciente universalismo de los derechos, supuestamente carente de legitimidad democrática. Una tercera perspectiva más matizada, en la que me ubico, observa esta herramienta multiusos como inevitable en una protección internacional y en el actual estadio de la integración europea, pero defienden que su uso jurisdiccional debe ir paulatinamente decreciendo hasta devenir excepcional, al tiempo que demandan un empleo más analítico y motivado de la misma.

VI. ¿Procede su trasplante al sistema interamericano? Debería operarse con suma prudencia. Hasta ahora la Corte IDH no ha usado, deliberadamente, esta técnica; su empleo no pasa de su mención en algún voto particular u opinión consultiva. Si bien comienzan a aparecer algunas tentativas doctrinales, pero la situación no me parece la misma que en Europa. No existe en América Latina un pluralismo de lenguas, religiones, culturas políticas y jurídicas tan intenso; la homogeneidad iberoamericana es mucho mayor y arranca de los amplios espacios culturales supraestatales tanto en los tiempos precolombinos como en los de la vieja colonia. Esta situación debería facilitar un entendimiento relativamente uniforme de los derechos fundamentales en la región por las muchas ventajas que comporta para su garantía, eficacia y para la integración. La doctrina del margen puede ser inevitable en Europa, con el fin de que el TEDH no pierda el consentimiento de los Estados en una protección que es aún más internacional que constitucional, pero lo óptimo es el respeto a los justiciables y la reparación de los derechos de las víctimas. No obstante, los actores del sistema interamericano podrían quizás repensar dónde puede dejarse un espacio de discrecionalidad a los Estados para asegurarse de su colaboración activa. Ese lugar no puede ser otro que el cumplimiento de las sentencias. Frente a la amplia tipología de medidas de reparación —muy singulares e intensas— dictadas por la Corte IDH quizás podría confiarse más en la voluntad de los Estados en su determinación y concreción —al modo europeo— y dejarles un espacio para la implementación de la doctrina, pero para eso no creo que haga falta trasplantar el nombre de la herramienta. Temo que un trasplante del margen beneficiase a aquellos Estados que lesionan derechos fundamentales con frecuencia y luego se resisten a repararlos, invocando su soberanía y —supuesta— legitimidad democrática desentendida del Estado de derecho.

Javier García Roca

Medio ambiente en la jurisprudencia constitucional italiana

La expresión “medio ambiente” tiene un valor polisémico con lo que resulta complicada la determinación de sus contornos definitorios; dificultad conceptual que se trasluce incluso en la calificación jurídica del “derecho al medio ambiente”, que surge como expresión de la progresiva “toma de conciencia” acerca del potencial carácter destructivo que resulta como consecuencia de diversas actividades relacionadas con el desarrollo económico y tecnológico, y que se ha venido regulando en varios ordenamientos jurídicos, con especial incidencia en los ámbitos internacional y europeo, lo que lo ha convertido

en uno de los llamados "nuevos derechos" más discutidos en la doctrina y la jurisprudencia.

Como consecuencia del silencio originario de la Constitución italiana, durante mucho tiempo la protección del medio ambiente ha recaído en la jurisprudencia, cuyo papel en la definición del medio ambiente como valor constitucionalmente significativo no puede entenderse adecuadamente sin tener en cuenta de forma paralela el desarrollo del derecho comunitario al respecto. De hecho, no ha sido sino hasta con la L. Const. 3 de 2001 que reformó el título V de la parte II de la Constitución, cuando se incluye en el art. 117 de la Constitución los términos "medio ambiente" y "ecosistema", aunque sin especificar ninguna definición "jurídica".

La introducción, aun a nivel constitucional, del concepto de "medio ambiente" ha creado el problema (en cierto modo, nuevo) de su relación con el concepto de "paisaje": relación que no es aclarada expresamente por ninguna disposición constitucional, si bien ha sido tratada por la jurisprudencia (véase la sentencia 1029 de 1988 por la que la Corte Constitucional ha evidenciado el vínculo entre el medio ambiente y la protección del paisaje, concebido con una visión amplia, "basado principalmente en los intereses ecológicos y por lo tanto en la protección del medio ambiente como un bien unitario, aunque compuesto de muchos aspectos para la vida natural y humana").

Si, originalmente, la Constitución italiana sólo mencionaba el concepto de "paisaje" (art. 9o. de la Constitución), la tendencia predominante en los últimos años parece haber sido la de una progresiva "atracción" de la protección del medio ambiente hacia el ámbito de la salvaguardia del paisaje, lo que ha marcado la evolución del paisaje de una concepción meramente "estética visual" a una más moderna y elaborada consideración del paisaje como un "valor primario" y "absoluto" (*ex plurimis*, Corte Constitucional sents. 183 y 182 de 2006), que debe entenderse como "la morfología del territorio" que incluye "el medio ambiente en su aspecto visual" (sent. 272 de 2009).

Así, el concepto de paisaje, en ciertos aspectos, coincide con el de territorio y, en otros, con el de medio ambiente, sin que entre, en cambio, por completo en ninguno de los dos (*cfr*. Corte Constitucional sent. 367 de 2007).

El derecho al medio ambiente, además de las referencias presentes en el texto constitucional y de la interpretación ofrecida por la rica jurisprudencia, especialmente del juez constitucional, encuentra un importante ámbito de regulación en la legislación ordinaria, en particular en el Decreto Legislativo 152/2006 (el llamado Código del Medio Ambiente), que, por lo demás, recoge multitud de normativa europea. De este texto es posible extraer también una definición "jurídica" del medio ambiente, incluso indirectamente, mediante la definición de "impacto ambiental" contenido en el art. 5o., párrafo 1, letra c, del D. leg. 152/2006.

Como ya se ha señalado, la jurisprudencia constitucional y, aun antes la ordinaria, había concedido un reconocimiento específico al derecho al medio ambiente mediante los parámetros de los arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución. Ya a finales de la década de los setenta, de hecho, la Corte Suprema de Casación, en las sentencias 1463 y 5172 de 1979, ha hecho derivar del art. 32 de la Constitución un derecho a vivir en un ambiente sano, y la Corte

Constitucional, con las sents. 88 y 101 de 1979, y 391 de 1989, ha entendido que el "derecho a un ambiente saludable" tiene plena operatividad y eficacia en las relaciones entre particulares.

Aunque la Corte Constitucional ha mostrado cierta sensibilidad hacia los temas ambientales ya con las sents. 239 de 1982 y 359 de 1985, sin embargo, en la evolución de su jurisprudencia son cruciales las sentencias 210 y 641 de 1987. En la primera la Corte Constitucional, al confirmar la legitimidad de las competencias atribuidas al por entonces recién creado Ministerio de Medio Ambiente, ha reconocido la existencia de "valores constitucionales primarios —como el medio ambiente y la salud (arts. 9o. y 32 de la Constitución)— a la luz de los cuales se está produciendo una reconsideración unitaria de la protección del medio ambiente como un derecho fundamental de la persona e "interés fundamental de la colectividad". Con la posterior sentencia, 641 de 1987, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de definir el medio ambiente como un "bien material unitario" y "valor primario y absoluto", cuya tutela puede fundamentar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, en virtud del art. 2043 cc., ante el juez ordinario.

La jurisprudencia posterior se ha movido desde entonces en la dirección de fijar los intereses ambientales al orden de los valores constitucionales.

El medio ambiente se convierte así en un valor constitucionalmente protegido, desvinculado de una perspectiva de naturaleza subjetiva que la había caracterizado hasta ese momento, cuyas exigencias de protección, si bien atañen a una amplia gama de sectores, sobre los cuales se mantienen competencias diversas, no se limitan al dictado de éstas sino que implican una visión global e integrada, una síntesis de una pluralidad de aspectos, a veces incluso en conflicto (*cfr*. Corte Constitucional, sents. 356 y 302 de 1994).

Otro momento crucial llegó con la mencionada reforma del título V de la Constitución.

Como se anticipó, el art. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución asigna la "protección del medio ambiente, del ecosistema y del patrimonio cultural" a la competencia legislativa exclusiva del Estado, dejando a la competencia legislativa compartida entre Estado y Regiones algunas materias reconducibles también a la protección del medio ambiente, tales como la protección de la salud, la promoción del patrimonio cultural y del medio ambiente, y la promoción y organización de actividades culturales, el gobierno del territorio, la investigación científica y tecnológica, y el apoyo a la innovación en los sectores productivos, la protección civil, la producción, transporte y distribución nacional de energía (art. 117, párrafo 3).

En este contexto, dada la dificultad de distinguir los límites de muchos de los ámbitos materiales mencionados, la Corte Constitucional ha conocido de numerosos recursos cuya jurisprudencia ha desempeñado un papel clave en la definición no solo del conjunto de las competencias, sino también de las diferentes maneras de tutela medioambiental.

Si ya la jurisprudencia constitucional anterior a la nueva formulación del título V de la Constitución le había permitido obtener una "configuración del medio ambiente como «valor» constitucionalmente protegido, que, como tal, esboza un tipo de materia «transversal», en razón de la cual se manifiestan

diversas competencias, que bien pueden ser regionales, correspondiendo al Estado las determinaciones que respondan a exigencias necesarias para una uniforme disciplina en todo el territorio nacional" (en este sentido *cfr*. Corte Constitucional, sent. 407 de 2002, que invoca las decisiones n. 507 y n. 54 de 2000, n. 382 de 1999 y n. 273 de 1998), es con la sent. 407 de 2002 que la Corte ha establecido que "la evolución legislativa y la jurisprudencia constitucional llevan a excluir que se pueda identificar una «materia» en sentido técnico, calificable como "protección del medio ambiente", desde el momento en que no parece que se pueda configurar en rigor una esfera de competencia estatal estrictamente delimitada y acotada, ya que, por el contrario, ella choca y se entrecruza inextricablemente con otros intereses y competencias" (en este sentido *cfr*. sents. 536 de 2002, 222 de 2003, 62 de 2005, 108 de 2005, 214 de 2005, 232 de 2005, 182 de 2006).

A partir de 2007, sin embargo, se ha producido un parcial cambio de rumbo en la jurisprudencia constitucional: con la sentencia 378 parece abandonarse el enfoque conceptual que se inició con la sentencia n. 407 de 2002, para pasar a concebir la "protección del medio ambiente y del ecosistema" del artículo. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución, como una verdadera y propia "«materia» para el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las regiones", de "un bien vital, material y complejo, cuya disciplina comprende la protección y preservación de la calidad y estabilidad de cada uno de sus componentes singulares".

Si bien se viene reconociendo que "junto al bien jurídico medio ambiente en sentido unitario, pueden coexistir otros bienes jurídicos que tienen por objeto componentes o aspectos del bien medio ambiente, pero que implican diferentes intereses jurídicamente tutelados" a nivel competencial regional, la consulta ha precisado que "la disciplina unitaria del complejo bien medio ambiente, que compete de manera exclusiva al Estado, viene a prevalecer sobre la normativa de las Regiones y Provincias autónomas, en asuntos de su propia competencia, y en relación a otros intereses", por la cual tales entes "no pueden en modo alguno derogar o rebajar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado" (en este sentido, *cfr*. Corte Constitucional, sents. 104, 105 y 214 de 2008, pero en un sentido parcialmente disconforme sent. 380 de 2007).

La más reciente jurisprudencia constitucional ha reforzado la necesidad de una protección unitaria del medio ambiente, si bien ha tratado de evidenciar los distintos espacios de diferenciación entre conceptos o ámbitos materiales vecinos. Así, con la sent. 12 de 2009, la Corte Constitucional ha tratado de aclarar los conceptos de "medio ambiente" y de "ecosistema" al afirmar que "cuando se refiere al medio ambiente, de acuerdo con la competencia legislativa exclusiva del Estado conforme a la letra *s* del segundo párrafo del art. 117 de la Constitución, las consideraciones relacionadas con tal materia se entienden también hechas, de manera estrechamente relacionada a aquella de «ecosistema». Por otra parte, aunque los dos términos expresan valores muy próximos, su doble uso, en la citada disposición constitucional, no se resuelve en una hendíadis, en cuanto que con el primer término se quiere, sobre todo, hacer referencia a aquello que guarda relación con el hábitat de los seres

humanos, mientras que con el segundo, a aquello que guarda relación con la conservación de la naturaleza como un valor en sí mismo".

Posteriormente, la Corte ha tratado de aclarar aún más el concepto de medio ambiente, y los márgenes de legítima intervención regional en las materias relacionadas con el mismo, estableciendo que compete al Estado la determinación de "estándares mínimos" que garanticen una "protección «adecuada y no reducible» del medio ambiente" (sent. Corte Constitucional 61 de 2009), siendo, de todos modos posible que las regiones decidan garantizar mayores niveles de tutela más garantista (sent. 225 de 2009). En esta línea discurren también, *ex plurimis*, las sentencias 315 de 2009; 1, 67, 101 de 2010; 66 y 278 de 2012, y 9, 58, 93 y 145 de 2013.

Particularmente claro resulta el íter argumentativo de la sentencia 9 de 2013: la Corte Constitucional, en resumen de su propia jurisprudencia sobre el tema, ha afirmado que "cuando el carácter transversal de la normativa relativa a la protección del medio ambiente y del ecosistema comporta fenómenos de solapamiento con otros ámbitos competenciales (...)" la prevalencia debe "ser asignada a la legislación estatal frente a aquella que compete a las regiones y provincias autónomas, en las materias de competencia propia transversalmente afectadas. Ello en relación al hecho de que la disciplina unitaria y general del medio ambiente y del ecosistema es inherente a un interés público de valor constitucional primario y absoluto y debe garantizar un elevado nivel de tutela, y por tanto inderogable otras disciplinas del sector. En este sentido, por lo tanto, la competencia que resulta de otras materias atribuidas a la región se vuelve necesariamente reducida, pues no puede en modo alguno derogar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado (sents. 278 de 2012 y 378 de 2007)".

Por último, con la sentencia 85 de 2013 la Corte Constitucional ha entrado a juzgar el difícil equilibrio de intereses y valores constitucionales en conflicto, como el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud —y, en concreto, a vivir y trabajar en un entorno saludable— , el derecho al trabajo y el mantenimiento del empleo o el derecho a la iniciativa económica privada.

El breve marco jurisprudencial apenas descrito nos permite comprender que el reconocimiento del valor constitucional de la protección del medio ambiente es algo más y diferente de la referencia a una idea de "derecho al medio ambiente" por la consistencia jurídicamente indefinida y difícil de alcanzar, puesto que el mismo está firmemente anclado a ámbitos materiales o situaciones subjetivas específicos.

El derecho al medio ambiente presenta, así, al menos dos líneas relevantes: la primera está relacionada con la protección situaciones jurídicas concretas, ya sean individuales o colectivas; la segunda en relación con la protección de los bienes concretos referidos a las mismas, protegidos por la jurisprudencia o recurriendo a diversos parámetros constitucionales (por ejemplo, arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución) o invocando el valor del medio ambiente como un valor autónomo, básico del ordenamiento jurídico, relevante por sí mismo, sin la necesaria vinculación con otros derechos.

Caterina Drigo

Medios de impugnación en materia electoral

Parte integrante y esencial de cualquier sistema electoral. Los medios de impugnación en materia electoral son garantes de elecciones libres, imparciales y auténticas; la ausencia de ellos puede agravar los conflictos político-electorales. Se trata de los medios para prevenir y resolver las controversias electorales, sea a través de procedimientos institucionales o de mecanismos alternos o informales para solucionar los conflictos que surjan. La naturaleza jurídica de los medios institucionales utilizados al efecto puede ser administrativa, jurisdiccional, penal o bien tratarse de mecanismos alternos *ad-hoc* e incluso arbitraje internacional. Para su resolución pueden ser confiados a asambleas legislativas, tribunales ordinarios, administrativos, electorales especializados, judiciales y entes nacionales o internacionales *ad hoc*. Los mecanismos alternativos de solución de controversias consisten en la conciliación, mediación o arbitraje.

El conjunto de instituciones y procedimientos que dan estructura y cauce a los medios de impugnación también es conocido como sistema recursal, sistema de medios de impugnación o sistema de justicia electoral. En las democracias, emergentes o consolidadas, tienen un papel muy importante para lograr y mantener estabilidad política, paz social, constitucionalidad, legalidad, así como legitimación y credibilidad de los poderes públicos.

El sistema de medios de impugnación responde necesariamente al contexto socio-cultural, histórico, político, así como a la tradición jurídica de cada país. Los factores más importantes que influyen en su diseño, contenido y operación son el sistema electoral, el sistema de partidos y la cultura política. La operación técnica del sistema es un elemento clave para su eficacia y eficiencia; si la justicia electoral no es pronta y expedita su credibilidad queda comprometida. Los elementos que se encuentran en la base de un sistema recursal son, de una parte, prevenir e identificar irregularidades y, de otra parte, proveer medios y mecanismos adecuados para corregirlas y sancionar a quienes las cometen.

El objetivo primordial de un sistema de medios de impugnación es asegurar, de una parte, que todos los actos, procedimientos y decisiones de quienes intervienen en los procesos electorales se ajusten a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y, de otra parte, garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos; de tal forma que cuando exista una violación a tales reglas de actuación y derechos ciudadanos, la constitucionalidad y legalidad de los mismos sea restaurada y la violación sea sancionada.

Los derechos electorales son derechos políticos que forman parte a su vez de una categoría de los derechos humanos, con todos los cuales se vinculan y entrelazan. Los derechos humanos de fuente internacional tienen su reconocimiento universal o regional en los instrumentos de las Naciones Unidas así como en los instrumentos regionales correspondientes a Europa, América y África. Los principales derechos electorales son los de votar, ser votado, asociación política con fines electorales, participación directa o a través de representantes electos en los asuntos públicos, así como los derechos de libertad de expresión, reunión, petición y de acceso a la información pública relacionada

con asuntos electorales. Estos derechos estuvieron originalmente reservados a los ciudadanos pero cada día es más frecuente encontrar su extensión a residentes extranjeros, en ocasiones sujeta a la reciprocidad, proporcional o no.

El sistema de justicia electoral o recursal se corresponde con el ciclo electoral compuesto por tres periodos: antes, durante y después de la elección, es decir, preelectoral, electoral y poselectoral. La principal garantía que puede ofrecer un sistema de medios de impugnación es corregir las irregularidades mediante su anulación, revocación, modificación o incluso su confirmación.

Para un adecuado funcionamiento del sistema de medios de impugnación es necesaria una serie de garantías que aseguren la independencia funcional, administrativa y financiera de los órganos jurisdiccionales, previstas desde la propia Constitución política del país. Asimismo, son necesarias garantías para salvaguardar la independencia e imparcialidad de los integrantes de dichos órganos jurisdiccionales, igualmente previstas desde el texto constitucional, respecto de su idoneidad, profesionalismo, selección, designación, estabilidad, permanencia, remuneración, incompatibilidad con otros cargos, así como excusas o recusaciones para conocer ciertos casos. La publicidad de los actos y resoluciones, así como la transparencia y rendición de cuentas por parte de organismos jurisdiccionales y de sus integrantes, son otras garantías de adecuado funcionamiento.

El sistema de medios de impugnación mismo debe ofrecer garantías de procedimiento y principios de eficacia y eficiencia, tales como transparencia, claridad y simplicidad; accesibilidad en términos de tiempo, espacio y costo; gratuidad o costo razonable; oportunidad; derechos de audiencia, defensa y debido proceso; obligatoriedad de procesos y resoluciones; consistencia en la interpretación y aplicación de las leyes electorales.

La judicialización de la política se ha ampliado al ámbito interno de los partidos políticos que tienen su propio sistema de medios de impugnación, cuyos procedimientos habitualmente deben ser agotados antes de acudir al sistema estatal o público de medios de impugnación; cuando esto no es posible la figura del *per saltum* se aplica en los casos que lo justifiquen.

En México, el sistema de medios de impugnación en su triple naturaleza jurídica administrativa, jurisdiccional y penal es regulado a partir de las disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por los ordenamientos de legislación secundaria siguientes en el orden federal de gobierno: Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Código Penal Federal. Los reglamentos administrativos que materializan en detalle las disposiciones constitucionales y legales dan origen a un complejo entramado de nuevos ordenamientos reglamentarios que se vuelven indispensables también para la operación del sistema de medios de impugnación.

En el orden local de gobierno (estatal, Distrito Federal o Ciudad de México, municipal y submunicipal), igualmente, a partir de las bases establecidas en la Constitución General de la República Federal y de la Constitución polí-

tica local, específica de cada estado de la República, o el Estatuto de Gobierno en el caso del Distrito Federal, se repite el mismo entramado de legislación secundaria y reglamentación administrativa. Mediante la reforma al artículo 2o. de la Constitución general publicada en agosto de 2001, se establece entre otros el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a elegir a sus autoridades municipales y submunicipales mediante sus usos y costumbres tradicionales; derecho que ha sido reiterado de diferentes maneras por vía jurisprudencial por los tribunales constitucionales.

En México, como en otras partes del mundo democrático, los procedimientos de participación ciudadana tales como iniciativa popular, plebiscito y referéndum comparten habitualmente la estructura y procedimientos de la justicia electoral o sistema de medios de impugnación para prevenir y resolver sus propios conflictos de operación y de participación ciudadana. Una reciente reforma constitucional aprobada en el año 2012 regula estos procedimientos en el orden federal de gobierno (se encuentra pendiente la legislación secundaria respectiva), pero las Constituciones locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal tienen previstos procedimientos semejantes desde mucho tiempo antes. Por ejemplo, mientras la reforma de 2012 exige por lo menos un porcentaje de 0.13% de la lista nominal de electores para ejercer la iniciativa popular legislativa (para formar un partido político se requiere al menos el 0.26% del padrón electoral federal), en una entidad federativa, el estado de Oaxaca, existe ese derecho individual para los ciudadanos oaxaqueños desde el año 1922.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

Migración

I. Definición. Migración significa cruzar las fronteras de una unidad política o administrativa por un periodo mínimo determinado. Es el término genérico para referirse al desplazamiento de una persona o de un grupo de personas, ya sea a través de una frontera internacional, en cuyo caso se estaría hablando de migración internacional, o bien sea dentro del territorio de un Estado, que sería la migración interna, por un periodo mínimo determinado. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que es un desplazamiento de población que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas migrantes por motivos económicos y personas que se desplazan por otras causas, como la reagrupación familiar.

II. Clasificaciones. La clasificación principal de la migración se realiza atendiendo a si se hace dentro de un mismo Estado o se cruzan fronteras internacionales:

1. *Migración interna*: es el movimiento de personas de un área (provincia, distrito o municipalidad) a otra dentro un mismo país. Esta migración puede ser temporal o permanente. Hay varios tipos de migración interna: campo-ciudad, campo-campo, ciudad-campo, son innumerables las causas de las migraciones internas pero las más importantes siguen siendo las primeras, por la atracción que las ciudades siguen ejerciendo sobre la zonas rurales, que

ofrecen a las personas y a las familias una menor calidad de vida. Los efectos de este tipo de migración han sido tan grandes durante los siglos XIX y XX que se les conoce también como "éxodo rural".

2. *Migración internacional*: es el movimiento de personas que dejan el país de su nacionalidad o en el que tienen su residencia habitual para establecerse de forma temporal o permanente en otro. Implica el cruce de fronteras que separan a un Estado de otro. Cabe señalar que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 no contiene una definición de migración, sino sólo de los tipos de trabajadores relacionados con la migración.

La migración internacional es un suceso relativamente nuevo que se remonta al surgimiento del Estado-nación en Europa y su extensión al resto del mundo. Cuando el mundo quedó dividido en Estados-nación se trazaron las fronteras a sus alrededores y los Estados determinaron las personas autorizadas a permanecer en sus territorios: sus nacionales. Así, se inició un proceso de diferenciación y exclusión de las personas ajenas al Estado: los extranjeros, y se empezaron a formular las reglas correspondientes.

A. *Migración regular*: es aquella que se efectúa de acuerdo con el marco legal aplicable. Es decir, es el movimiento de personas de su país o lugar de residencia habitual a otro, respetando la legislación que regula la salida y el viaje del país de origen, el tránsito y el ingreso en el territorio del país de tránsito o receptor. En suma, es la migración hecha siguiendo las leyes y procedimientos establecidos por los Estados de envío, tránsito y recepción.

B. *Migración irregular*: es la hecha al margen de las regulaciones de los Estados de envío, de tránsito o de recepción. Aunque la migración irregular ha existido por más de un siglo —desde que se emitieron las primeras regulaciones de la migración internacional moderna a finales del siglo XIX— no hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara que no tenga una connotación discriminatoria. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que desde el punto de vista de los países de destino significa que es *ilegal* el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío, la *irregularidad* se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país; sin embargo, hay una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de "migración ilegal" solamente a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.

Dado lo anterior, se puede definir migración irregular como aquella que es hecha por personas que entran a un Estado distinto del suyo, ya sea: *1)* transgrediendo sus fronteras o presentando documentos falsos; *2)* permaneciendo en dicho Estado una vez que ha expirado la vigencia de su permiso de entrada; *3)* entrando en dicho Estado con fines de turismo o con arreglo a un plan de reunificación familiar que no les permite trabajar, pero permaneciendo en dicho Estado con el objeto de trabajar, o *4)* permaneciendo en dicho Estado

para trabajar una vez que ha sido rechazada su solicitud de asilo, en violación de las leyes de extranjería.

Atendiendo a los motivos que originan la migración, interna o internacional, se puede clasificar en:

i. *Migración laboral*: es el movimiento de personas desde un Estado a otro, o dentro de su mismo país de residencia, con fines laborales. Esta migración está por lo general regulada en la legislación nacional de extranjería.

ii. *Migración forzosa*: el *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones la define como el movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas; por ejemplo, los movimientos de refugiados y de desplazados internos, así como personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo.

iii. *Migración por motivos familiares*: de acuerdo con el *Glosario sobre migración y asilo 2.0* de la Comisión Europea, se trata del movimiento de los miembros de un grupo familiar separado forzosamente o por migración voluntaria para reagruparse en un país distinto al del origen. La admisión es discrecional del Estado receptor. Es un concepto general que abarca la reagrupación familiar, la formación de la familia y la migración de una familia completa al mismo tiempo.

iv. *Migración espontánea*: es el movimiento de personas o grupo de personas que inician y realizan sus planes de migración, sin asistencia. Por lo general esta migración es causada por factores negativos en el país de origen y por factores atractivos en el país de acogida; se caracteriza por la ausencia de asistencia del Estado o de cualquiera otro tipo de asistencia nacional o internacional.

Elisa Ortega Velázquez

Ministerio público

La institución del Ministerio Público tiene profundas raíces históricas en México, la podemos encontrar desde la época prehispánica, aunque su mayor desarrollo se encuentra en la época colonial con los llamados promotores o procuradores fiscales, los cuales tenían como funciones primordiales: defender los intereses tributarios de la Corona (de ahí su denominación de fiscales); asesorar a los tribunales para conseguir la buena marcha de la administración de justicia e investigar los delitos y acusar a los delincuentes. Por ello, eran considerados como integrantes del Poder Judicial, tradición que persistió en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, más conocida como Constitución de Apatzingán de 1814, la Constitución de 1824, las Siete Leyes de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 e, incluso, en el art. 91 de la Constitución de 1857 la Suprema Corte de Justicia se conformaba por once ministros propietarios, cuatro suplentes, un fiscal y un procurador general.

Hoy en día los arts. 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las normas procesales perfilan al Ministerio Público como una institución unitaria y jerárquica al que se le atribuye la representación de los intereses de la sociedad, lo cual le permite estar pre-

sente en procesos civiles, familiares, administrativos, en el juicio de amparo, controversias constitucionales e, incluso, fungir como abogado del Estado. Sin embargo, su función principal es la de investigar y esclarecer la comisión de delitos para perseguir y acusar ante los tribunales a quienes los cometieron o participaron en su comisión, al efecto goza de facultades para: recibir denuncias o querellas de hechos que puedan ser constitutivos de delitos; conducir y ordenar las actuaciones de las policías para investigarlos; dictar medidas y providencias necesarias para preservar el lugar y los indicios del hecho delictivo; solicitar órdenes de aprehensión y, en su caso, ejercitar acción penal en contra del probable responsable; solicitar medidas cautelares; promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal; probar la responsabilidad penal del acusado ante los tribunales y pedir la aplicación de la pena a imponer o, cuando proceda, su absolución. Todo ello con el fin de alcanzar una impartición de justicia pronta y expedita como es propio de un Estado social y de derecho en el cual se busca esclarecer los delitos cometidos para acusar y condenar a los delincuentes y evitar la detención arbitraria y, sobre todo, la privación de la libertad de inocentes, ello como requisito indispensable para la protección de las garantías individuales y, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, de los derechos humanos.

Los arts. 16 y 19 de la CPEUM constituyen la base fundamental para la actuación del Ministerio Público. Cabe resaltar que en el texto de 1917 la carta magna solo requería en el art. 16 la denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, la declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado para que el Ministerio Público pudiera solicitar la orden de aprehensión a la autoridad judicial, pero también necesitaba reunir los elementos de prueba para acreditar el cuerpo del delito si pretendía que el juez dictara auto de formal prisión (art. 19 CPEUM). Posteriormente, con la reforma de 1993, se sustituyó el cuerpo del delito por los elementos del tipo y se requirió que también éstos estuvieran comprobados para solicitar la orden de aprehensión (art. 16 CPEUM). No obstante, en la práctica no fue posible esclarecer qué y cuáles eran los elementos del tipo penal, por lo cual en 1999 se regreso al viejo concepto de cuerpo del delito.

Después de la reforma del 18 de junio de 2008 solo se requiere que el Ministerio Público aporte datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión para que el juez libre la orden de aprehensión y, en su caso, el auto de vinculación a proceso. Lo anterior no debería implicar forzosamente la prisión preventiva, pues ella solo se debería ordenar cuando el probable responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, haya posibilidad de que entorpezca la investigación o su libertad represente peligro para la víctima o testigos, tal como lo contempla el párrafo segundo del art. 19 de nuestra carta magna. Sin embargo, en ese mismo párrafo se establece que "el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley

en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud" con lo cual no sólo contraviene principios fundamentales del proceso penal acusatorio sino también garantías y derechos humanos, pues la reducción de grado probatorio a "datos que establezcan la comisión del delito y la probable responsabilidad" sólo tiene sentido cuando se aplican preferentemente las diferentes medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (garantía económica suficiente, localizadores electrónicos, prohibición de salir del país o ir a lugar determinado, someterse al cuidado o vigilancia de persona o institución, arraigo domiciliario, etcétera) pues si se priva de la libertad al probable responsable mientras se investiga ¿dónde quedaría la protección de la libertad como máxima garantía individual?, ¿qué alcance tendría la presunción de inocencia que implica tratar como inocente a quien todavía no se le ha demostrado plenamente la comisión o participación en el delito? y, retomando el tema de la figura del Ministerio Público, ¿cómo justificar su actuación como institución de buena fe y representante de la sociedad guiado por la lealtad y la objetividad? cuando con frecuencia se dan a conocer casos de personas que estuvieron privadas de su libertad y al final fueron absueltas porque eran inocentes o no se pudo probar su responsabilidad penal. A lo antes dicho se debe sumar su cuestionada independencia y actuación, debido a que es facultad del Poder Ejecutivo el nombramiento de los funcionarios del Ministerio Público, comenzando por su titular (art. 102 CPEUM). Por ello consideramos que la institución se encuentra en una encrucijada dado que el reciente reconocimiento de los derechos humanos en la carta magna le obligan no sólo a iniciar averiguaciones y perseguir a los probables delincuente, sino sobre todo a dirigir de manera profesional y científica sus investigaciones para acusar con todos los elementos de prueba necesarios que demuestren la responsabilidad penal del acusado con el fin de que la autoridad judicial condene a los delincuentes conforme a la pretensión punitiva del Estado, solo así se conseguirá cumplir con el *desiderátum* que ya había planteado el constituyente de Querétaro al referirse a una "revolución procesal" siendo la correcta actuación del Ministerio Púbico la pieza fundamental para materializar la justicia penal propia del Estado social y de derecho.

Enrique Díaz-Aranda

Ministro ponente, relator

Designado por *acuerdo de presidencia* del más alto tribunal como el responsable del estudio y formulación de los proyectos de resolución de los asuntos que le han sido turnados, cuyo conocimiento se somete a consideración, discusión y, en su caso, aprobación del Pleno, de conformidad con lo expresamente establecido en los arts. 105, fracs. I y II; 107, fracs. VII, XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 7o. del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los asuntos de su competencia originaria; y a la aprobación de las Salas, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 42 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estudio historiográfico de los términos en la legislación. A lo largo de la evolución histórica de las disposiciones que han ido dotando de estructura y organización a la función jurisdiccional de los tribunales federales, se advierte que la adopción por parte del legislador de los términos *ponente* y *relator* ha sido indistinta y, en este sentido, no ha presupuesto una distinción lexical entre lo que podría conformar una autonomía definicional en ambos términos. De esta forma se observa que a partir del periodo que comprende la emisión del Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, que marca el inicio de la vida independiente de la nación y la instauración del Federalismo (con la subsecuente división de poderes), a la publicación de la vigente Ley de Amparo, en el marco de la Décima Época, los términos en cuestión han designado los mismos estados de cosas. No obstante, lo que resulta destacable a lo largo de dicha evolución normativa es la preferencia del legislador por uno u otro término y que se acentúa con la emisión de la vigente Ley de Amparo del 2 de abril de 2013. En una aproximación más cercana a los periodos antes citados se observa que la etapa que comprende: *a)* la Primera República Federal (1824-1835) en donde se ubica la Ley de Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito (22 de mayo de 1934); *b)* de la Revolución de Ayutla a la Guerra de Reforma 1855-1861, periodo en el que se publica la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios (23 de noviembre de 1855) y la Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución Federal, para los juicios de que habla el artículo 101 de la misma (30 de noviembre de 1861); *c)* la República Liberal, Intervención Francesa, Regencia y Segundo Imperio Mexicano de Maximiliano de Habsburgo 1862-1867, periodo en el que se expide la Ley para la Organización de los Tribunales y Juzgados del Imperio (18 de diciembre de 1865); *d)* Segunda Época. De enero de 1881 a diciembre de 1889, en que se promulga la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal (14 de diciembre de 1882); *e)* Cuarta Época. De enero de 1898 a agosto de 1914, en el cual se establece la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (DOF 23 de diciembre de 1908) y, finalmente *f)* Quinta Época. Del 1o. de junio de 1917 al 30 de junio de 1957, en la que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (23 de noviembre de 1917) y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (12 de diciembre de 1928); la designación a los ministros en relación con las funciones que cumplen en el Tribunal Constitucional es siempre genérica.

No es sino hasta 1936 que el legislador dota de especificidad nominal a estas funciones. Es así que en el marco de la Quinta Época el legislador introduce en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1934), en su art. 5o., capítulo II, *Suprema Corte de Justicia,* el término *ministro relator*, cuando precisa el procedimiento que ha de seguirse en las sesiones plenarias de dicho tribunal.

Durante la Séptima Época (del 1o. de enero del 1969 al 14 de enero de 1988), se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación del 5 de enero de 1988, cuyo art. 4o. mantiene la denominación *ministro relator*. Del mismo modo se advierte que, en subsecuentes artículos, esto es, en los arts. 13,

frac. IV; 20 último párrafo y 47 es introducido el término *ministro ponente*. Para la Novena Época (del 4 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011), en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 26 de mayo de 1995, se mantiene el uso de la figura *ministro relator* únicamente en el artículo 141, que hace alusión a la facultad de atracción que ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se observa claramente la inclinación del legislador por la denominación *ministro ponente*, como se desprende del estudio de los arts. 14, 86 y 129. Ahora bien, ya en el terreno propio de la denominación por la que se ha optado en el marco del análisis histórico de la legislación del juicio de amparo, se observa que durante la Quinta Época existe una permanencia de la denominación *ministro relator*, en el marco de la Ley Orgánica de los arts. 103 y 107 de la Constitución federal (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica de los arts. 103 y 104 de la Constitución federal de 1919), visible en sus arts. 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188 y 189, relativos al Capítulo *Sustanciación del Juicio*; redacción que se mantiene hasta su última reforma en el año 1951, periodo en el que culmina la citada época. A partir de ahí, esto es, de la Sexta Época hasta la Novena Época, con la última adición y reforma a dicho ordenamiento, el 24 de junio de 2011, *mutatis mutandi*, se conserva el citado capítulo y las referencias al articulado en cuestión. Durante la Décima Época, con la promulgación de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 2 de abril de 2013, se conserva únicamente la denominación *ministro relator* en el art. 188, inclinándose el legislador en su mayoría por la denominación *ministro ponente*, situación que acontece en igual sentido en el caso de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, término que coexiste con el de *magistrado instructor,* entendiendo por tal el ministro que conocerá y resolverá las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, y que es designado como tal, en el *acuerdo de radicación y turno*.

A manera de conclusión de este apartado relativo al estudio historiográfico resulta relevante citar la denominación de los términos estudiados en aquellas disposiciones que han regulado la organización interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido cobra especial interés el Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 20 de abril de 1901, el cual, en la Sección Segunda, *Orden y despacho de las discusiones,* en su art. 22 hace referencia —a manera de *simil* de las figuras bajo análisis en esta *voz*— al término *ministro revisor*. En el mismo ordenamiento, no obstante, es utilizada la referencia a *ministro ponente* en los arts. 66, 67, 68, 69, 70 y 71. En el Reglamento Interior de la Suprema Corte de la Nación de 1909, así como en el de 1923, se mantiene la denominación de *ministro revisor* y se observa, en recientes años, esto es, con el Reglamento Interior vigente del más alto tribunal una preferencia por la denominación *ministro ponente.*

Francisco Javier Cárdenas Ramírez

Minorías etnoculturales

Definir a las minorías etnoculturales necesariamente requiere de la definición de la cultura y nación. Cultura es el conjunto de patrones de compor-

tamiento, lenguaje, mitos, símbolos, instituciones y rasgos históricos comunes que permiten el reconocimiento mutuo entre personas en una agrupación humana; los integrantes de una misma cultura comparten instituciones jurídicas, políticas y económicas. Por su parte, las naciones son asociaciones humanas que comparten una cultura en común; como dice Gellner, dos individuos son de la misma nación si comparten la misma cultura y se reconocen mutuamente como pertenecientes al mismo grupo nacional.

Las culturas y las naciones no son productos de generación espontánea, por el contrario, son construidas pacientemente por las sociedades humanas, quienes levantan poco a poco las instituciones que regularán su vida social, al seleccionar los aspectos culturales de identidad y cohesión.

Normalmente, el Estado nacional favorece la construcción una cultura en particular para cohesionar a su población, la cual se constituye como una cultura dominante o hegemónica al interior del Estado. Así, es posible referimos a la cultura colombiana, estadounidense, mexicana, argentina, francesa, brasileña, etcétera, según el estado nacional de que se trate.

Además, al interior de los Estados nacionales existen, con frecuencia, culturas minoritarias distintas a la cultura del Estado nación; estas culturas minoritarias fueron creadas por grupos humanos excluidos al momento de edificar el Estado y conviven en condiciones desfavorables frente a la cultura dominante.

En consecuencia, las minorías etnoculturales se definen como aquellas asociaciones humanas existentes al interior de cualquier Estado nacional que poseen una cultura distinta de la hegemónica construida por ese Estado. Esto es así porque en el momento de edificarse el Estado nación, las minorías etnoculturales fueron marginadas de los principales acuerdos institucionales de la sociedad, incluido el acceso en términos de igualdad a los derechos básicos.

Las minorías etnoculturales existentes dentro de un Estado pueden ser muy variadas; las más importantes son aquellas mejor articuladas políticamente como las naciones subestatales, los pueblos indígenas y los migrantes. Su mayor organización les permite plantear en mejores condiciones los términos de los principales arreglos institucionales para facilitar su acceso a los derechos básicos.

Estas minorías etnoculturales poseen diferentes orígenes. Así, las naciones subestatales aspiraron en el pasado a constituir un Estado nacional en el cual ellas fueran una mayoría; sin embargo, no lo consiguieron porque carecieron de los recursos para ello o porque fueron incorporados en otro Estado nación. Ejemplos de naciones subestatales son los vascos y catalanes en España, los quebecuas en Canadá, los norirlandeses y escoceses en el Reino Unido. Asimismo, las naciones subestatales pudieron ser anexadas por un estado más grande o por un imperio como Québec en Canadá, o bien cedidas por un imperio a otro, o anexadas a otro por una unión monárquica. En el menor número de los casos, este tipo de Estados multinacionales son creados por un acuerdo voluntario entre dos o más grupos nacionales.

En contraste, los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras por nuevos pobladores y forzados mediante la violencia militar o a través de tratados a incorporarse a los Estados nacionales gobernados por quienes ellos

consideran como extranjeros o invasores. Los pueblos indígenas son muy diversos en todo el mundo, por ejemplo, México posee más de sesenta diferentes pueblos, algunos grandes como los mayas y nahuas con aproximadamente el millón de personas; también posee pueblos muy pequeños como los cakchiquel, los cochimí o los pápago, quienes apenas rebasan el ciento.

Mientras las naciones subestatales aspiran, con frecuencia, a convertirse en naciones-Estado, con instituciones jurídicas, económicas y políticas semejantes a las de los Estados nacionales existentes en el contexto internacional, en cambio, los pueblos indígenas buscan a través de la autonomía mantener ciertas formas tradicionales de vida y sus creencias propias sin necesidad de crear un Estado nacional. Dicho de otra forma, mientras las naciones subestatales contendieron pero perdieron la lucha en el proceso de formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas fueron aislados de este proceso y no aspiraron a construir un Estado nacional, buscando más el reconocimiento de su autonomía al interior del Estado donde se encuentran ubicados para garantizar el respeto de su autogobierno e instituciones básicas.

En contraste, los migrantes no habitan ni en su *tierra madre* como las naciones subestatales ni fueron expulsados de sus territorios originales como los pueblos indígenas. Ellos se trasladaron de su Estado nacional de origen a otro, normalmente buscando mejores condiciones de vida, mejores trabajos o una educación más apropiada para sus hijos. Esto explica la ausencia de reivindicaciones autonómicas por parte de los migrantes, debido a que les es imposible reproducir el conjunto de sus instituciones originales en el Estado receptor; en cambio, pugnan por el reconocimiento de diversos derechos diferenciados tales como derechos lingüísticos en el otorgamiento de los servicios públicos básicos y, principalmente, la flexibilidad suficiente para acceder a la ciudadanía del Estado receptor. Para 2013 existen alrededor de 215 millones de migrantes esparcidos globalmente, siendo Estados Unidos el país con mayor número de inmigrantes (aproximadamente 40 millones), mientras México y Rusia son los países con mayor número de migrantes (11.5 millones aproximadamente), seguidos de la India (con 10.5 millones aproximadamente).

Ahora bien, la falta de igualdad para las minorías etnoculturales en el acceso a los derechos básicos en las democracias constitucionales es uno de los rasgos característicos de la inequidad existente entre los integrantes de la sociedad nacional y dichas minorías. Por ejemplo, en los Estados Unidos es evidente no sólo la discriminación de sus pueblos originarios, sino también de sus minorías afroamericanas y de origen hispano; en Latinoamérica la discriminación contra los pueblos indígenas se perpetuó desde los tiempos coloniales hasta el presente, conformando su segmento más pobre y con mayores desventajas en el acceso a los derechos.

Los derechos de las minorías etnoculturales o los derechos de las minorías para abreviar, en el sentido amplio al que se refiere Kymlicka, se refieren a una gran variedad de políticas, desde derechos y excepciones legales, provisiones constitucionales y políticas públicas implementadas por los Estados, hasta derechos lingüísticos y derechos de los pueblos indígenas. Aunque los derechos de las minorías comprenden una categoría heterogénea de derechos, poseen dos características esenciales: *1)* van más allá del conjunto de derechos civiles

y políticos protegidos por todas las democracias liberales al reducir la desigualdad de las minorías en el acceso a tales derechos y *2)* son adoptados con la intención de acomodar las distintas identidades y necesidades de los grupos etnoculturales.

Finalmente, el término "minorías" no debe ser entendido solo como referido al tamaño proporcional del grupo, sino más bien al espacio que ocupa la cultura en la esfera pública; por ejemplo, países como Guatemala posee una población mayoritariamente indígena; sin embargo, las culturas de sus pueblos originarios no se ubican en una situación de igualdad frente a aquella de origen europeo que predomina en las principales instituciones jurídicas guatemaltecas. También debe distinguirse a las minorías etnoculturales de ciertos grupos minoritarios como podrían ser los coleccionistas de timbres postales, ciertos clubes, mafias o grupos que no obstante desempeñar un papel minoritario en la sociedad, es imposible que asuman la naturaleza de las minorías etnoculturales por carecer de una cultura societal con capacidad de reproducir sus propias instituciones jurídicas, políticas y económicas.

Francisco Ibarra Palafox

Modelo legalista decimonónico

El Estado de derecho legal (EDL) es un modelo de derecho y de Estado particular, que a su vez requiere de una teoría del derecho y un determinado perfil de jurista que le resulten funcionales. Recordemos que aquella matriz o modelo se nutrirá del racionalismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, pero tendrá concreción histórica en la Francia revolucionaria, sus Códigos y su Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su éxito y esplendor se construirá y expandirá a lo largo del XIX, no sólo por Europa, sino también por América Latina.

I. Notas distintivas. Recapitulemos sintéticamente los rasgos principales del modelo o paradigma en estudio.

1. *El Estado*. Éste quedará identificado con los tres poderes clásicos, aunque tomando como eje a la ley, dado que el Legislativo quedaba identificado con ella y al Ejecutivo se lo definía por su función de ejecutarla y al Judicial por ocuparse de aplicarla a los casos. Esa caracterización conllevaba una clara prevalencia del Poder Legislativo en tanto las funciones de los otros dos Poderes eran subordinadas o subsidiarias, ordenadas a dotar a la ley de eficacia y respeto. Una nota clave del Estado era su soberanía, que permitía establecer con absoluta libertad los derechos y deberes que tendría los ciudadanos del mismo, y además esos Estados coincidían con sociedades nacionales identificadas y unidas por la ley y sus valores implícitos. La filosofía política que acompañó en general al modelo legalista decimonónico fue la liberal e individualista, de modo que al Estado se lo visualizaba como un mal necesario, con funciones restrictivas orientadas a que la mano invisible del mercado posibilite la mejor vida social.

2. *El derecho*. La ley y el derecho se convierten en sinónimos, en tanto no hay más derecho que el establecido por la ley, así se suprime la posibilidad de algún derecho pre-legal, supra-legal o pos-legal. Pero además la ley era fruto

de la voluntad general, que rousseauniamente hablando resultaba infalible, dado que ella siempre era justa, disponía claramente, sin redundancias, con coherencia, etcétera. La enorme decisividad que adquiere la ley para la vida social se refleja cuando en la misma Declaración de 1789 se determina que las únicas obligaciones o restricciones a la libertad son las impuestas por la ley. Las otras posibles fuentes del derecho quedan en el mejor de los supuestos, remitidas y absolutamente subordinadas a la ley, así cuando se habla de la costumbre solo se le reconoce en tanto supletoria o interpretativa, pero se le descarta a aquella que era contraria a la ley; o cuando se reconocen en los Códigos a los "principios generales del derecho" era porque sólo se recurriría a ellos en los inusuales casos de lagunas (en el Código civil francés no se admite la integración de la ley) y su validez jurídica remitía a la misma voluntad del codificador que los había puesto implícitamente en la obra legislativa, por eso no era posible derivar de ellos soluciones *contra legem*.

3. *La teoría jurídica*. Queda configurada por la escuela exegética francesa, la histórica alemana y el primer Ihering, de ese modo su tarea se orientará a lograr forjar una verdadera ciencia jurídica con las funciones de sistematizar, describir e interpretar al derecho positivo contenido en la ley, o mejor dicho, en el Código. Especialmente queda marginada la posibilidad de una crítica o valoración de la misma, y también una perspectiva iusfilosófica preocupada por preguntarse por el derecho y el mejor derecho, a ese respecto resultan elocuentes las palabras de representantes de la exégesis francesa dado que se constituyeron en modelos inspiradores del modo de asumir la docencia, así Laurent: "Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste ya no tiene por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos", o Aubry: "Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña". Por otro lado, recordemos que aquella escuela francesa giró en torno al Código Civil, que fue por excelencia el Code, lo que de algún modo contribuyó a que la matriz de la teoría jurídica sea iusprivatista, y ello en consonancia con los ideales liberales de la revolución francesa.

4. *El perfil de jurista*. Napoleón no sólo asumió el proceso de definir el derecho a través de los códigos, sino que encomendó a las facultades de derecho estatales la tarea de forjar a los juristas que serían funcionales al EDL. De ese modo quedó definida la curricula pertinente, limitada al derecho puesto en los códigos, y así sus libros fueron las asignaturas correlativas que debía conocer el futuro jurista; consiguientemente, las materias que carecían del respaldo en un código, se tornaron irrelevantes, innecesarias y hasta peligrosa en aras de la seguridad jurídica. El método de enseñanza, coherente con el modelo, se reducía a exigir memoria de los alumnos y ninguna capacidad crítica, dado que lo pretendido era que conocieran dogmáticamente el derecho que había formulado la infalible voluntad general. Ese propósito respecto a los juristas queda reflejado claramente en la célebre tesis de Montesquieu en torno a lo que debían ser los jueces: seres inanimados, bocas de la ley.

5. *Los derechos humanos.* El art. 2o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano del 89 reconocerá como "derechos naturales e imprescriptibles" a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, pero el art. 4o. consagra que la restricción de la libertad sólo puede hacerse por ley, con la advertencia del art. 7o. que "todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia". Traduciendo de manera más directa esas apelaciones a los derechos humanos individuales, queda claro que la operatividad de los mismos no es directa, sino que se encomienda al Poder Legislativo; pues no olvidemos que no existía la posibilidad del control judicial sobre la ley y que la función judicial se reducía a declarar la ley en cada caso. El valor exclusivo y excluyente del modelo era la seguridad jurídica, que consistía en saber anticipadamente cuales serían las consecuencias jurídicas que acarrearían lo que se haga o no se haga con base en lo previsto en la ley, resultando funcional a ese objetivo la presunción *jure et jure* de que la ley publicada en el órgano oficial del Estado, se presumía su conocimiento sin admitir prueba en contrario.

6. *La teoría de la interpretación jurídica*. Todo sistema jurídico que pretenda eficacia debe al mismo tiempo que definir el derecho, establecer cómo se operará el mismo, y pues este segundo elemento —la teoría de la interpretación— resulta decisivo. Dicho del otro modo, una cosa es la fotografía del derecho contenido en las reglas, o sea, una perspectiva estática del derecho, y otra cosa es ver la realidad del derecho en movimiento gracias a la operatividad del mismo en manos de los juristas por medio de la interpretación, y ésta es una perspectiva dinámica del mismo. En la base de esas dos miradas está la distinción tajante entre creación y aplicación, que en el modelo bajo estudio correspondía al Poder Legislativo y al Poder Judicial, respectivamente. Consecuentemente, el modelo por diversos medios e instituciones procuró que no asumieran los jueces ninguna facultad creativa, para ello existió el *refereé legislativ* (que imponía al legislador como intérprete auténtico las consultas ante eventuales dudas sobre cómo interpretar una ley), el recurso de casación (con la finalidad de unificar e imponer a todos los jueces los criterios interpretativos), la previsión del delito de prevaricato (para el juez que se apartara del sentido de la ley), etcétera. En definitiva, se suponía que a los juristas se los necesitaba para proyectar a los casos (fáciles) la solución genérica prevista en la ley, para ello se les indicó ciertos métodos interpretativos (en Savigni: gramatical, lógico, sistemático, histórico y en la exégesis los dos primeros) que permitirían obtener la premisa mayor del silogismo deductivo que concluiría la solución para el caso individual. La clave del trabajo del jurista era nunca apartarse de la ley y la voluntad del legislador.

7. *La democracia procedimental*. Siguiendo la distinción efectuada por Ferrajoli, la democracia que auspiciaba el EDL era meramente procedimental, en tanto cualquier tema podía ponerse bajo la decisión de la sociedad, que tenía una irrestricta competencia para decidir lo que estimaba conveniente por parte de la mayoría. Pero además, esa democracia funcional al modelo y a su filosofía política, era de impronta burguesa, en tanto para votar se exigían ciertas condiciones patrimoniales o de ingresos. Los valores subyacentes en esa peculiar sociedad democrática eran compartidos por todos, o al menos no

eran visibles o tolerados los disensos axiológicos, consiguientemente el rechazo o el apartamiento social era una amenaza más temible que las que provenían del ámbito jurídico. La moral social se define por la ley, pero al hacerlo se convierte en una verdad jurídica, y luego queda una moral personal que se confina al reducto doméstico o familiar.

II. La crisis del modelo y su reemplazo. El EDL fue un paradigma jurídico y político —reiterémoslo— muy exitoso, no solo en Europa continental sino también por América Latina desde donde se lo importó, contribuyendo decididamente a ese éxito el trabajo realizado desde las facultades de derecho, pero su crisis coincide con la experiencia del nazismo. En efecto, el Tribunal de Nuremberg fundará su condena por cumplir la ley y violar el derecho, y este derecho que habilita y justifica a la condena se asimilará a los "principios del derecho" o los "derechos humanos". La Ley Fundamental de Bonn del 49 consagrará esa distinción disponiendo que todos los poderes deben respetar la ley y el derecho. La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 reconociendo su existencia (no creándolos), su carácter universal e inalieble (no son disponible por ninguna voluntad individual o colectiva) contribuye a potenciar la ruptura de aquella central sinonimia entre derecho y ley. En definitiva, Europa durante la segunda mitad del XX afronta la tarea de crear un nuevo modelo: el Estado de derecho constitucional, que termina reemplazando al EDL y exigiendo una teoría que permita explicarlo, respaldarlo y promoverlo. En ese nuevo modelo serán los jueces los encargados de velar que el derecho no sea violado por ninguna regla jurídica, provenga de donde provenga.

Rodolfo Vigo

Modelos de jurisdicción electoral con jurisdicción constitucional

La solución de controversias electorales puede corresponder a una asamblea legislativa u otra asamblea política, a un juzgado o tribunal del poder u órgano judicial, a la propia autoridad administrativa electoral con autoridad jurisdiccional o a un cuerpo *ad hoc* creado con la intervención internacional o como una solución nacional institucional interna. Cuando se trata de juzgados o tribunales del Poder Judicial puede suceder que la función judicial electoral sea confiada a juzgados y tribunales ordinarios, a tribunales administrativos, a tribunales electorales especializados o bien a tribunales o consejos constitucionales; también puede ocurrir que los consejos constitucionales no formen parte del Poder Judicial. En todos los casos el modelo corresponde a la tradición jurídica de cada país y a su evolución política y judicial.

El modelo original de tribunal constitucional al que se confía la solución de controversias electorales corresponde a la Constitución de Austria de 1920; desde ese año la validez de las elecciones parlamentarias fue encomendada a la Corte Constitucional Federal, jurisdicción constitucional que ha sido ampliada a otros ejercicios electorales como es el caso del referéndum (1929), la elección presidencial (1931), así como la elección de autoridades locales y de representantes de organizaciones profesionales. En Alemania, la certificación electoral es confiada al Bundestag (cámara baja del parlamento), en

un sistema mixto legislativo-judicial pues la revisión corresponde a la Corte Constitucional Federal. El Consejo Constitucional de la Quinta República francesa forma parte de un sistema mixto también de solución de controversias electorales en el que intervienen además una jurisdicción administrativa (el Consejo de Estado), así como en algunos casos los tribunales de instancia y eventualmente la Corte de Casación, ambos del Poder Judicial. España también combina jurisdicción administrativa y constitucional, donde la decisión final corresponde a una Corte Constitucional autónoma, pero siendo la corte administrativa parte del Poder Judicial.

El Consejo Constitucional en Francia está integrado por 9 miembros nombrados por tercios por el presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Senado; los anteriores presidentes de la República son miembros vitalicios del mismo. En Bulgaria, la Corte Constitucional se integra con 12 jueces de los cuales un tercio son electos por la Asamblea Nacional, otro tercio designados por el presidente y 1 más electo por los jueces de la Corte Suprema de Casación.

En Europa Central y del Este, países que han conocido sus transiciones democráticas, han entregado a sus cortes constitucionales la solución definitiva de las controversias electorales, como es el caso de Bulgaria, Croacia, Moldavia, Montenegro, Rumania y Eslovenia, así como Armenia, la República Checa, Georgia y Eslovaquia, en las cuales la corte respectiva es parte del Poder Judicial. Este modelo es seguido por Indonesia y Nigeria, donde las disputas electorales se resuelven en definitiva por cortes constitucionales, siendo la de Indonesia parte del Poder Judicial. Finalmente, en *Electoral Justice: The International IDEA Handboock* (Estocolmo, 2010), son clasificados en este modelo Burkina Faso, Camboya, Camerún, Kazajistán y Mozambique, que tienen un Consejo Constitucional que no forma parte del Poder Judicial pero que resuelve en última instancia las controversias electorales.

Siguiendo el formato establecido por la Constitución de Cádiz de 1812, a partir de los principios de división e independencia de los poderes públicos y supremacía del Poder Legislativo integrado por los representantes de la nación, las Constituciones mexicanas conservaron los colegios electorales de las cámaras del Congreso de la Unión como vía política para la solución de controversias sobre los resultados electorales, coincidentes con recursos administrativos que sustanciaban la propia autoridad electoral administrativa en las etapas previas del proceso electoral. En 1993 desaparecieron los colegios electorales de ambas cámaras de diputados y de senadores, creados temporalmente *ex profeso* para resolver dichas controversias en cada proceso electoral y, en 1996, desapareció el colegio electoral integrado para resolver las controversias en el caso de los resultados de la elección de presidente de la República. De 1987 a 1996 prevaleció un sistema mixto de vía política (colegios electorales) y vía jurisdiccional (tribunales electorales especializados autónomos de legalidad), para la solución de controversias en las diferentes etapas del proceso electoral, incluidos los recursos administrativos que en una primera instancia resolvían y siguen resolviendo la autoridad administrativa electoral pero que revisaba y revisa el tribunal electoral. Estos tribunales fueron el Tribunal de lo Contencioso Electoral, el Tribunal Federal Electoral, al que se agregó más tar-

de una sala de segunda instancia integrada por miembros de la magistratura del Poder Judicial de la Federación (magistrados que en su actividad ordinaria resolvían asuntos de constitucionalidad) y el presidente del propio tribunal electoral autónomo de legalidad (TRIFE).

En 1996 se crean dos mecanismos constitucionales de solución de controversias electorales con las correspondientes autoridades judiciales: la acción de inconstitucionalidad para impugnar leyes electorales expedidas por las cámaras legislativas federales o locales, que corresponde resolver a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y el sistema de medios de impugnación en materia electoral (recurso de apelación, juicio de inconformidad, recurso de reconsideración, juicio de revisión constitucional electoral y juicio para la protección de los derechos político electorales del gobernado; hay otros medios de impugnación pero que no tienen la implicación de control constitucional de los anteriormente mencionados) que corresponde resolver al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), integrado por una Sala Superior y cinco Salas Regionales, todas permanentes, que coinciden con las cinco circunscripciones electorales plurinominales en que se divide el territorio nacional para efecto de la elección de diputados por el principio de representación proporcional (200 de 500 diputados), que por tratarse de un sistema federal resuelven también asuntos originalmente de jurisdicción electoral local pero en su etapa definitiva de revisión constitucional.

Como sucedió en 1803 en los Estados Unidos en el caso *Marbury* vs. *Madison*, en México los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han tenido un papel muy importante en el reconocimiento de la jurisdicción constitucional, aquí en materia electoral. Originalmente, la *Tesis de la Incompetencia de Origen* (1874) reconoció la jurisdicción constitucional del juicio de amparo para la solución de controversias electorales, negada años más tarde por la *Tesis Vallarta* (1881), hasta que en 1996 se crearon la acción de inconstitucionalidad y los medios de impugnación en materia electoral ya comentados. La contradicción de tesis 2/2000 resuelta por la SCJN negó al TEPJF la facultad de declarar anticonstitucionales leyes electorales, hasta que esta atribución le fue expresamente otorgada mediante la reforma constitucional de 2007. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en que México es parte, abren nuevas vías para la protección de los derechos políticos (hasta hace muy poco considerados derechos fundamentales con garantías jurisdiccionales de protección en México, reitero) con motivo del control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

Modificación de la jurisprudencia

En el sistema jurídico mexicano, la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936 preveía en los arts. 194, párrafo tercero, y 197, párrafo cuarto, la figura relativa a la modificación de la jurisprudencia, la cual se podía llevar a cabo mediante dos vías.

La primera era a través del cambio de criterio por parte del propio órgano jurisdiccional que había integrado la jurisprudencia por reiteración, con lo que se requería en primer término que se interrumpiera la jurisprudencia, a través de una ejecutoria en contrario aprobada ya sea por ocho ministros tratándose del Pleno, cuatro ministros si se estaba en presencia de una Sala, y por unanimidad tratándose de un Tribunal Colegiado de Circuito, en la que se debían expresar las razones en que se apoyara la interrupción. Posteriormente se debían observar las mismas reglas para conformar una nueva jurisprudencia bajo el criterio modificado.

La segunda vía para modificar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vinculaba a la petición de un órgano o titular legitimado; esto es, la modificación podía ser solicitada por las Salas de la Suprema Corte y los ministros que las integraban, así como por los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, ello con motivo de un caso concreto que debía ser resuelto previamente con base en la jurisprudencia en cuestión, con lo que en la petición de modificación se debían expresar las razones conducentes; el procurador general de la República por sí o por conducto del agente que designara podía exponer su parecer. El Pleno o la Sala debían resolver si modificaban la jurisprudencia, sin que su resolución afectara las situaciones jurídicas concretas en las sentencias que integraron la jurisprudencia modificada.

Ahora bien, la Suprema Corte ha considerado que la modificación de la jurisprudencia permite el cambio total de lo sostenido, es decir, no sólo se interrumpe un criterio jurídico, sino que se sustituye por otro, que incluso puede ser contrario, lo que conlleva a que se pueda solicitar la modificación de una parte o de la totalidad de la jurisprudencia.

La Suprema Corte ha sostenido que la finalidad de la solicitud de modificación consiste en revisar el criterio sometido a examen y, en su caso, interrumpir su obligatoriedad para emitir uno nuevo que lo sustituya, preservando así la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional.

Bajo la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, de igual forma se puede realizar la modificación de la jurisprudencia bajo dos vías, la primera relativa a la interrupción de la jurisprudencia, la que se prevé en los arts. 228 y 229, y que surge cuando el órgano que aprobó determinada jurisprudencia pronuncia una sentencia en contrario, en la que se deben expresar las razones que apoyan la interrupción, y con posterioridad aprueba una diversa jurisprudencia observando las mismas reglas para su formación.

Por otra parte existe en esta Ley un procedimiento denominado "sustitución de jurisprudencia", el cual es aplicable a los supuestos en que se solicita la modificación de la misma, del cual se destacan las siguientes reglas:

— Cualquier Tribunal Colegiado de Circuito, previa petición de alguno de sus integrantes, con motivo de un caso resuelto, puede solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezca que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, expresando las razones correspondientes. Los Plenos de Circuito pueden sustituir la jurisprudencia con la aprobación al menos de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran.

— Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los Tribunales Colegiados de su Circuito, con motivo de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno de la Suprema Corte, o a la Sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud de los Plenos de Circuito debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

— Cualquiera de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, con motivo de la petición de alguno de los ministros y de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud debe ser aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala.

Para que el Pleno de la Suprema Corte sustituya la jurisprudencia, se requiere una mayoría de cuando menos ocho votos; asimismo debe destacarse que esta resolución no afecta las situaciones jurídicas que derivaron de los juicios en los que se dictaron las sentencias que integraron la jurisprudencia.

La modificación de la jurisprudencia es una figura muy importante dentro del juicio de amparo, pues implica el reconocimiento de que la interpretación de las normas no está petrificada, por el contrario, es un elemento vivo que puede ser modificado al ser analizadas estas normas bajo una óptica distinta, o bien tomando en consideración variables que no se consideraron en un primer término.

Mauricio Lara Guadarrama

Multiculturalismo

El término del multiculturalismo no sólo es de reciente creación en las ciencias sociales sino además posee diferentes connotaciones; como dice Kevin Bloor, puede emplearse en un sentido *descriptivo* o en uno *normativo*. Descriptivamente, el multiculturalismo se refiere a aquellas sociedades que manifiestan un grado elevado de diversidad etnocultural o se encuentran en el camino de convertirse en sociedades multiculturales al presentar múltiples identidades en su población.

Así, decimos que un Estado es multicultural cuando entre su población encontramos una creciente diversidad cultural; al respecto, la mayor parte de los Estados nacionales existentes en el mundo poseen poblaciones multiculturales, pues aun cuando intentaron construir una sociedad homogénea culturalmente no lo consiguieron, al albergar en su interior a uno o más grupos con culturas diferentes. México, Guatemala, Bolivia o Paraguay son Estados multiculturales desde sus orígenes por poseer desde su pasado colonial una población etnocultural diversa, principalmente indígena y europea. Otros Estados como el Reino Unido o Francia son Estados multiculturales recientes, pues como Estados nacionales modernos experimentaron desde la Segunda Guerra Mundial una creciente pluralidad consecuencia de los flujos migratorios provenientes de diversas partes del mundo; por ejemplo, en solo cincuenta años, Francia adquirió un 10% de población de origen árabe.

En su sentido *normativo* el multiculturalismo se refiere a los movimientos al interior del Estado nacional que se manifiestan a favor y promueven

los beneficios del multiculturalismo con el objetivo de reducir la desigualdad de las minorías etnoculturales para acceder a los principales derechos. En su sentido normativo, los Estados multiculturales promueven la implementación de políticas públicas, modificaciones legales y acuerdos constitucionales para promover la diversidad etnocultural de sus sociedades y reducir la desigualdad de las minorías frente a la sociedad mayoritaria. De esta manera, aquellos decretos constitucionales y las leyes expedidas para su implementación cuyo objetivo sea facilitar el acceso de las minorías etnoculturales a los derechos y libertades básicos que tradicionalmente les fueron negados pueden denominarse multiculturales.

Podemos decir que son Estados multiculturales aquellos que promueven o aceptan la diversidad etnocultural existente al interior de su población. Para estos Estados una sociedad vibrante es aquella que concede espacio y reconocimiento a las múltiples identidades que se encuentran en su interior. En consecuencia, la homogeneidad de una sociedad es rechazada en aras de abrir espacio a nociones tales como tolerancia, pluralismo y derechos de las minorías con el objetivo de reducir la hegemonía de la mayoría y la falta de igualdad para acceder a los principales derechos que otorga un Estado constitucional.

Francisco Ibarra Palafox

Mutación constitucional

La noción de mutación constitucional alude al cambio intenso o radical del contenido material de una norma constitucional sin alterar su texto a partir de una nueva significación de su formulación lingüística, con motivo de una transformación en las condiciones que configuran el poder político, la estructura social, la cultura jurídica o el equilibrio de valores e intereses generales que determinan una realidad o una expectativa histórico-constitucional, ya sea a través de convenciones políticas, prácticas legislativas o administrativas o por vía de interpretación judicial, de manera paulatina o instantánea.

La posibilidad de una "mutación" constitucional ha sido ampliamente debatida desde sus primeros análisis a finales del siglo XIX y principios del XX por la doctrina publicista alemana (destacan Jellinek, Smend y su discípulo Dau-Lin). La noción ha sufrido ajustes y críticas desde entonces, atendiendo a las diferentes perspectivas sobre la Constitución y el Estado constitucional y, en particular, a partir de la adopción de sistemas de control de constitucionalidad de leyes y la importancia creciente de los tribunales constitucionales como intérpretes últimos del texto constitucional y garantes de su supremacía. No obstante, a pesar de su carácter problemático, se reconoce mayoritariamente como una modificación no formal o tácita del sentido normativo de la Constitución que, como parte de su dinámica, permite la evolución del sistema jurídico y su adecuación a la realidad constitucional.

La idea de mutación implica una tensión entre norma y realidad derivada de los requerimientos políticos, sociales o culturales que generan una necesidad o urgencia histórica de modificación del sentido de un texto normativo. A diferencia de la reforma, que supone un cambio en el texto a partir de procedimientos específicos y normalmente agravados, la mutación constitu-

cional es un procedimiento informal (fenómeno jurídico) que no suele estar previsto expresamente en el ordenamiento, pero que tampoco está prohibido. Mutación y reforma constituyen mecanismos complementarios, excluyentes y, en ocasiones, sucesivos, de ajuste del contenido de un texto, considerando, por un lado, que la reforma supone el agotamiento de las posibilidades de la mutación constitucional, como lo destacaron, entre otros, Konrad Hesse y Pedro de Vega, y, por otro, que la fuerza de la Constitución depende no sólo de su finalidad y sentido normativo sino también de la estabilidad general de su texto y de su capacidad para adaptarse a la realidad política y social. Por ello, se afirma que la mutabilidad relativa de la Constitución implica, en sí misma, una garantía de su permanencia y durabilidad como mecanismos de articulación de la continuidad jurídica del Estado, la evolución normativa y el cambio político y social. Tan importante es la defensa de la Constitución que asegure la permanencia de sus aspectos esenciales (fines, valores y principios), como necesaria la posibilidad de su transformación, que permita ajustar el texto o su significado a la realidad constitucional. Ello responde a una caracterización de la Constitución como un sistema de integración de la totalidad de la vida del Estado en términos de Smend y Lucas Verdú.

En este sentido, el vínculo entre "Constitución" y "realidad", "normatividad" y "normalidad", es relevante a fin de que la Constitución no quede rezagada frente a la "realidad", lo que requiere —si no se reforma— una interpretación progresiva o evolutiva que conciba a la Constitución como un "instrumento vivo" que opera como "punto de partida" frente a las transformaciones de la vida social, como lo ha destacado, entre otros, Raúl Canosa. Lo anterior no soslaya el riesgo de enmascarar una ruptura constitucional que ceda ante la "fuerza de los hechos". Por ello, como ha reiterado la doctrina, entre otros, Hesse, Böckenförde, Afonso da Silva y Sagües, conviene diferenciar la mutación constitucional *estricto sensu* de otros fenómenos jurídicos, entre ellos los supuestos de inconstitucionalidad de leyes, infracciones o incumplimiento de deberes y ejercicio indebido o excesivo de facultades, así como distinguirla de la normatividad constitucional emergente, la configuración legal de derechos o facultades, que no implican un cambio de texto o contenido material, sino sólo su explicitación o implementación, y de otras instituciones o figuras que tienen como denominador común las variaciones, sean formales o informales, de la Constitución que incluyen, entre otras, la reforma, la modificación irregular mediante el derecho consuetudinario, la satisfacción de lagunas, el desuso de competencias constitucionales, la sustitución constitucional y la "ruptura constitucional".

La mutación constitucional no implica la degradación normativa de la Constitución o su ruptura —aunque en ocasiones no resulte fácil la distinción— de ahí que sea un procedimiento admitido por el derecho constitucional y no un fenómeno extrajurídico. Ante todo, se reconoce el carácter supremo y normativo de la Constitución, como parámetro de validez del ordenamiento jurídico estatal. Toda mutación legítima tiene como límites el texto y el contexto constitucional, esto es, en última instancia, la cultura constitucional como ha sido expuesta por Peter Häberle. Al respecto, se ha destacado por la doctrina la exigencia de preservar las funciones básicas de la

Constitución, entre ellas, la protección de los derechos fundamentales. De ahí que, por ejemplo, Néstor Pedro Sagüés distinga entre: *a)* mutaciones legítimas (constitucionales o *praeter constitutionem*) que suponen un desarrollo o evolución del sentido normativo para adaptarlo a la realidad político-social o al contexto normativo (conjunto del sistema jurídico), y *b)* mutaciones ilegítimas (inconstitucionales o *contra constitutionem*) que claramente contradicen el texto constitucional respecto a su contexto o panorama normativo.

Lo anterior permite diferenciar entre un concepto amplio y un concepto restringido de "mutación constitucional", como lo ha propuesto también Díaz Ricci. En general, la doctrina suele rechazar un concepto tan amplio que admita una *praxis* opuesta a la Constitución, mientras que se reconoce la validez y relevancia práctica de un concepto restringido que involucra un cambio "en el interior" de la norma, mas no al margen de la normatividad de la Constitución. Desde esta perspectiva, como lo destacara Hesse, la mutación constituye parte del proceso de concreción o concretización interpretativa de la norma, pues incide en su "ámbito normativo", el cual comprende el conjunto de circunstancias fácticas objeto de regulación constitucional, a partir del denominado "programa normativo" o mandato de la norma, en el entendido de que el derecho constitucional no se agota en los mandatos abstractos de la norma, desvinculados de la realidad. Ello supone que el fenómeno de la mutación incide en el escenario de la interpretación constitucional como una de sus consecuencias posibles, aunque no se confunde con ella, pues hay desarrollos jurídicos operados vía interpretación judicial que no suponen un cambio intenso o radical que implique una mutación normativa.

En la actualidad, la relevancia práctica de la mutación se advierte especialmente en relación con las normas de derechos humanos que, al asumir la estructura de principios, son normas "abiertas" y requieren "progresivas concreciones", a fin de garantizar su reconocimiento, protección y garantía, en particular a partir de la jurisprudencia constitucional. La importancia de esta última en la determinación de los derechos y la creciente apertura constitucional —característica del Estado constitucional contemporáneo—, así como la incidencia de la jurisdicción internacional y del derecho comparado (a partir de los nuevos modelos de control de convencionalidad y diálogo interjudicial) amplían el marco referencial de la "realidad constitucional", con lo cual se advierte una mayor incidencia —en ocasiones discutible y en otras exitosa— de las denominadas sentencias interpretativas manipulativas, así como las interpretaciones promotoras o reconocedoras de una mutación constitucional.

Salvador O. Nava Gomar
Mauricio I. del Toro Huerta



N



Ne bis in idem

La expresión *ne bis in idem* o *non bis in idem*, recogida con ambas formulaciones y expresiva de un principio clásico del sistema de justicia penal liberal, significa "'no dos veces por una misma cosa'; principio de derecho constitucional por el cual se prohíbe la doble persecución a un mismo sujeto, por idénticos hechos que han sido objeto de anterior actividad procesal, y que concluyera en una resolución final, ya condenatoria, ya absolutoria" (Willmar, Gernaert, *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000).

Otra caracterización —entre las numerosas existentes— establece: "frase latina que significa literalmente que no debe repetirse dos veces la misma cosa. Con la citada expresión quiere indicarse que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior" (Márquez Piñero, Rafael, *Nuevo diccionario jurídico mexicano,* México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. IV).

Bajo el derecho penal autoritario, previo a la gran revolución de las ideas y la normativa que apareció, sobre todo, al cabo del siglo XVIII, no resultaba insólito ni reprochable que se juzgase a una persona más de una vez por determinados hechos —delito—, pese a existir previamente un proceso seguido en todos sus términos y una sentencia dictada conforme a derecho, que había establecido o negado la responsabilidad penal del inculpado.

De esta suerte, la absolución o la condena operaban con eficacia solamente en el proceso en el que habían sido emitidas, pero no resolvían en definitiva —por encima de una eventual reapertura del enjuiciamiento concluido a través de la sentencia, o de la apertura de un nuevo enjuiciamiento— la situación jurídica del sujeto. Prevalecía, pues, la amenaza del *bis in idem*; la sentencia existente —sobre la que pendía la posibilidad de nuevo proceso y nueva sentencia de signo diferente— no contaba con la autoridad —la "santidad", se diría más tarde— de la cosa juzgada; se hallaba pendiente, sin término, la "verdad legal" que solemos depositar un una sentencia definitiva, no se diga una sentencia firme. Sobra ponderar la inseguridad jurídica que esto causaba.

En aras de la seguridad jurídica, mirada como necesidad imperiosa para el buen curso de la vida social, aunque no fuese siempre en aras de la justicia, que puede requerir la reconsideración de casos fallados, el principio *ne bis in idem* se entronizó entre los principios más socorridos del ordenamiento penal liberal, abarcando la identidad de los hechos (elemento objetivo) y de la persona imputada (elemento subjetivo), aunque no necesariamente de la norma invocada, que pudiera ser una disposición diferente, atraída para alterar deliberadamente el sentido y la aplicación del principio.

Las Constituciones nacionales, atentas a los derechos y las garantías fundamentales de los individuos —que son "entraña" y razón de una ley suprema—, han acogido generalmente este principio de seguridad jurídica. Así se observa en el desarrollo de la normativa constitucional mexicana, que da cuenta del referido principio —casi un dogma del penalismo clásico— en el

proyecto constitucional de 1856 (art. 25), en la Constitución de 1857 (art. 24), en el proyecto *del primer jefe de* 1916 (art. 23) y en la Constitución de 1917 (art. 23). Este precepto, fiel a su formulación original, señala: "(…) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

En el orden internacional de los derechos humanos, que ahora forma parte del bloque constitucional mexicano (art. 1o., reformado en 2011), al que han llegado los derechos del individuo que previamente poblaron las Constituciones —además de las aportaciones oriundas del sistema tutelar internacional— también tiene recepción el principio *ne bis in idem.* Así, el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (del que México es parte), dispone: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

A su vez, el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (del que también es parte México) previene: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". Es pertinente observar a este respecto que el Pacto de San José no alude al "mismo delito", sino a los "mismos hechos", y con ello extiende una garantía más amplia al individuo, y que el citado instrumento se refiere al *ne bis in idem* en relación con los hechos abarcados por la sentencia absolutoria firme y no alude a la sentencia de condena. Obviamente, el concepto de esta jurisprudencia, como de las normas que le brindan fundamento, abarca los hechos (elemento objetivo) como la persona del inculpado (elemento subjetivo), aunque se invoque al respecto una disposición jurídica diferente.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte a este respecto: se "busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada (por el art. 14.7 del Pacto Internacional citado), la Convención Americana utiliza la expresión «los mismos hechos», que es un término más amplio en beneficio de la víctima" (*caso Loayza Tamayo*).

Recientemente se ha abierto paso a una fuerte corriente que cuestiona a fondo tanto la intangibilidad del principio al que ahora me refiero como su conexo, la cosa juzgada, que define el alcance del propio *ne bis.* El cuestionamiento emprendido a este respecto tanto por la normativa y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, como sus correspondientes en el ámbito internacional penal, parten de un principio favorecedor de la justicia en ambos espacios: no es admisible que en aras del *ne bis* o de la "santidad" de la cosa juzgada queden impunes las graves violaciones a derechos humanos o los delitos de mayor gravedad, cubiertos por procesos "fraudulentos" y amparados por sentencias "a modo".

La ortodoxia del debido proceso y la veracidad de la sentencia, sustentada en aquél, garantizan la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales, absolutorias o condenatorias; no ocurre lo mismo cuando hubo violaciones procesales que determinaron el erróneo contenido de la sentencia, o ésta se

funda en normas sustantivas inadmisibles desde la perspectiva del orden internacional de los derechos humanos o del sistema internacional de justicia penal. En tales casos procede la revisión y el nuevo enjuiciamiento —*bis in idem*— por parte de la jurisdicción doméstica, o la asunción del tema por la jurisdicción internacional, en ejercicio de la subsidiariedad que le compete.

En este rumbo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que "el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada «cosa juzgada fraudulenta» que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad" (*caso Carpio Nicolle*). Si el trámite desarrollado bajo forma de juicio no constituye "un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del «debido proceso legal», que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención, (ello) motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza" (*caso Castillo Petruzzi*).

Finalmente, si la violación proviene de la propia ley sustantiva, incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, operan conceptos de violación abarcados en varios preceptos de ésta: legalidad material (art. 9o.), privación ilegal de la libertad (art. 7o.), vulneración de garantías judiciales (art. 8o.). Cuando la ley sustantiva aplicada en el proceso y la sentencia es incompatible con aquel instrumento internacional, el futuro enjuiciamiento —con *bis in idem*, por lo que toca a los hechos considerados— se hará bajo normas que no vulneren la Convención (casos *De la Cruz Flores* e *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*).

Sergio García Ramírez

Neoconstitucionalismo

I. Introducción. El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.

Creo que, como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitucionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho.

¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neocons-

titucionalismo? Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar.

II. Textos constitucionales. El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de la década de los setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991, entre muchas otras.

III. Prácticas jurisprudenciales. En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con "valores" que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución "invasora" o "entrometida" (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con perio-

dos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los cincuenta la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron poner drenaje en barrios marginales o través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. En Guatemala, el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los noventa, dentro de lo que se ha llamado "la segunda generación" de reformas del Estado, que en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

IV. Desarrollos teóricos. Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como "una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto". No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas Constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale italiana. Y así sucesivamente.

V. ¿Qué hay de nuevo en el neoconstitucionalismo? No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo XX. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX (por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas y, con toda probabilidad, se pueden rastrear postulados neopositivistas desde la década de los treinta del siglo XX. Lo había hecho ya la Suprema Corte de los Estados Unidos en muchas de sus sentencias más relevantes. Por ejemplo, en la más importante de todas, *Marbury* vs. *Madison* (1803) donde nada menos que "descubre" —por llamarlo de alguna forma— el control de constitucionalidad de las leyes. Lo mismo puede decirse de decisiones activistas en sentido conservador, como lo fueron en su momento *Dred Scott* vs. *Sanford* (1857) sobre la constitucionalidad de la esclavitud, o *Plessy* vs. *Ferguson* (1896) sobre la segregación racial en los trenes y en los demás servicios públicos...

Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. To-

davía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.

Miguel Carbonell

Normas *non-self executing*

El nombre de estas normas deriva del inglés *Non- self executing* que quiere decir no ejecutables por sí mismas, no autoejecutables o no autoejecutivas.

Las normas *non-self executing* se refieren a normas que por su naturaleza no pueden ser aplicadas inmediatamente sino que requieren de un acto o de un desarrollo legislativo posterior para poder darles aplicación. Este tipo de normas no ejecutables por sí mismas, como dice Loretta Ortiz Ahlf, son disposiciones programáticas que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado y que consagran derechos que debido a su naturaleza o a la fraseología del Estado carecen de exigibilidad inmediata debido a la ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias del Estado que las hagan efectivas y les den aplicación. Se trata como dice Mathias Herdegen de disposiciones de un tratado que deben ser desarrolladas a través de medidas internas para poder ser aplicadas por las Cortes y autoridades nacionales, como por ejemplo las disposiciones sobre simples obligaciones de emprender un esfuerzo o las cláusulas generales de dar una especial consideración o de promoción.

Esto ocurre, según señala Michel Virally, ya que algunos sistemas constitucionales exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado (aun cuando éste ya haya sido ratificado con la aprobación del Poder Legislativo) debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación. Éste es un sistema dualista en el que los tribunales del ordenamiento jurídico interno solo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor el tratado y no el tratado mismo, y pueden hacerlo únicamente en tanto dicha legislación esté vigente. Esta es la situación en el Reino Unido por lo menos formalmente.

La doctrina judicial distingue entre tratados que son directamente aplicables como derecho y tratados que no son directamente aplicables, y cuando una Corte sostiene que un Tratado es del grupo *non-self executing* está actuando de un modo nacionalista en "protección" del sistema legal doméstico frente a la influencia de las normas jurídicas de carácter internacional. Generalmente la doctrina judicial ha permitido cierta discrecionalidad para determinar que tratados son *self-executing* y cuales *non-self executing*. Ello ha hecho que las cortes o tribunales nacionales ejerciten a menudo su discrecionalidad en el sentido de considerar a muchos tratados en la categoría de no directamente aplicables (*non-self executing*); sin embargo, las cortes o tribunales transnacionales o internacionales se han inclinado en catalogar a la mayoría de los tratados dentro de la categoría de aplicables directamente (*self executing*). Esto ha ocurrido sobre todo en los tratados de derechos humanos, los cuales se consideran que crean

derechos en favor de las personas, que pueden ser directamente reclamables ante sus órganos jurisdiccionales como cualquier ley local. De esta manera, como dice Alejandro Saiz Arnaiz, tienden a desdibujarse en cierto grado y en el ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos *self-executing* y los que no lo son.

Así, siguiendo a Thomas Buergenthal, los tratados o normas determinadas como no autoejecutables (*non-self executing*) no pueden sin otras medidas legislativas o ejecutivas adicionales a la aprobación o ratificación del tratado, dar lugar al surgimiento a derechos legales u obligaciones reclamables ante los tribunales domésticos. Se trata de disposiciones, según señala Rojas Amandi, que se dirigen expresamente a los Estados, obligándolos a adoptar determinadas medidas previas a su aplicación, precisamente por no ser posible sin ellas su aplicación directa e inmediata por parte de los órganos internos del Estado (jueces y administración pública).

En suma, lo verdaderamente importante para catalogar a un tratado o a una norma como *non-self executing* es que no sea posible su aplicación inmediata por carecer de las características necesarias a juicio del órgano aplicador como son la voluntad de los autores y el carácter completo de la norma

Es preciso señalar que el carácter ejecutivo o no de las normas contenidas en los tratados tendrá que ser determinado de forma casuística, dependiendo de las normas contenidas en ellos, pero en todo caso se ha señalado que desde el punto de vista del derecho internacional la falta de cumplimiento de tales normas sean ejecutivas o no ejecutivas genera responsabilidad para el Estado que es parte de un tratado. Tal ha sido básicamente la regla establecida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contenida bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidas por ellas de buena fe", el cual se reafirma con el artículo 27 que determina que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención). Esto quiere decir que aunque un Estado determine no poder aplicar por parte de sus tribunales una norma de carácter no auto aplicativa, ello no implica que el Estado no tenga la obligación de legislar en un determinado sentido (el del tratado) y que el no hacerlo le acarrea una responsabilidad internacional.

Es preciso señalar, como bien dice Humberto Nogueira Alcalá, que los tratados de derechos humanos por su propia naturaleza se consideran como normas de tipo *self-executing* (autoejecutivas) obligando a que los jueces nacionales los apliquen de manera directa realizando un control de convencionalidad, lo cual implica que el derecho vigente y vinculante no sólo es el que proviene de fuentes internas, sino también el que proviene de fuentes internacionales. Por tanto los derechos de tales normas deben ser asegurados y garantizados a través de la función jurisdiccional doméstica, de tal suerte que no hacerlo implica responsabilidad al Estado por dicho incumplimiento.

De esta manera, si bien cada Estado parte de un tratado puede elegir de cierta forma, como hacer efectivos los derechos humanos en su ámbito

interno, lo que no puede hacer de ningún modo es no cumplir con ellos y no aplicarlos, aduciendo que tales derechos no pueden ser ejercidos por hacer falta alguna norma nacional.

Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete

Normas preconstitucionales

En términos generales, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor o de vigencia es anterior al de la Constitución, en tanto, las normas pos-constitucionales son las que han surgido a la vida jurídica con posterioridad al momento de emisión de la norma fundamental. Mucho se ha discutido en la doctrina especializada en cuanto a la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución. Acerca del particular, una propuesta consistiría (siguiendo un voto particular de Rubio Llorente, ex magistrado del Tribunal Constitucional Español, acerca de la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia de una norma jurídica, el control de constitucionalidad y el efecto derogatorio) en la potestad de todos los órganos jurisdiccionales (sea el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios) de tener por derogadas aquellas disposiciones cuyo periodo de vigor es anterior a la Constitución. Lo anterior por cuanto es una potestad inherente a la de todo órgano jurisdiccional determinar si el derecho que se ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses se encuentra vigente. De ahí que el juicio de vigencia de una norma jurídica siempre es anterior al de validez.

Tal afirmación es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y las cláusulas de derogatoria general que contienen algunas Constituciones (en los supuestos en que han sido positivizadas), las que sin duda exigen la abrogación de los preceptos preconstitucionales que resultan incompatibles frente a las normas y los principios de la Constitución vigente. De ahí que el control de constitucionalidad estrictamente considerado (es decir, el juicio de validez de una disposición de conformidad con la Constitución), únicamente se puede producir respecto de normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas (pre y pos-constitucionales), teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los institutos de la declaratoria de inconstitucionalidad, el efecto derogatorio, la validez y la vigencia o vigor de una norma jurídica, así como la imposibilidad de asimilar estas nociones. En este sentido, normalmente se entiende por vigor o vigencia la existencia o la positividad de una ley, en tanto que el concepto de validez se ha referido a la adecuación de una norma a otras normas sobre la producción y en particular a la Constitución, pero también en cuanto a su contenido material. En este orden, la derogación o el efecto derogatorio no es otra cosa que la pérdida de la vigencia de la ley, el acto y el efecto de cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior (que puede ser del mismo rango o superior) que modifica, todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso, en tanto que la nulidad de la norma se produce cuando se declara su invalidez.

Pese a la claridad de esta tesis, son distintas las soluciones que sobre el conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales se ha ensayado en el derecho comparado. De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (pese a la existencia en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de una cláusula de derogatoria general), sostiene dos criterios distintos, tratándose del control concreto y abstracto de constitucionalidad. Así, en el caso del control concreto se lo ha atribuido a los tribunales ordinarios, en tanto que en el abstracto ha asumido la competencia para declarar la invalidez de una norma preconstitucional, sin tener en consideración el contenido de la cláusula aludida, así como la fuerza normativa de la Constitución. En este marco, dicha disparidad de criterios entre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución en el sistema alemán es insostenible de cara al texto de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, así como a su normatividad. Por su parte, en el sistema de justicia constitucional italiano se ha desarrollado la noción de la inconstitucionalidad sobrevenida, la cual confunde los conceptos de validez y vigencia, así como la declaratoria de inconstitucionalidad y el efecto derogatorio, negándose entonces uno de los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, sea su posibilidad de tener por derogadas todas aquellas disposiciones cuyo periodo de vigor es anterior a ella y que la contradice. De modo que no es posible confundir la vigencia o la existencia positiva de una ley con su validez y su juicio de adecuación a la norma superior que ha regulado no sólo el procedimiento para su elaboración (es decir, su origen o su nacimiento a la vida jurídica), sino también a la que debe adecuarse en cuanto a su contenido.

El verdadero sustento de esta construcción jurisprudencial y doctrinaria italiana, que ha permitido someter los preceptos preconstitucionales al control de constitucionalidad y al juicio de invalidez con respecto a la Constitución, lo constituye la inseguridad jurídica y la dispersión jurisprudencial que se podría producir si se permite la facultad de los tribunales ordinarios, y de la misma Corte de Constitucionalidad, de tener por abrogadas las disposiciones anteriores a la Constitución. Se trata entonces de una decisión de *política de justicia constitucional*, si cabe llamarla de esa manera, que no encuentra ningún respaldo en la teoría normativa de la Constitución, y cuyas consecuencias negativas en última instancia serían evitadas por el carácter vinculante de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogada una norma preconstitucional o para declarar su invalidez. De ahí que los tribunales ordinarios puedan tener por derogada una norma preconstitucional, mientras que el Tribunal Constitucional puede igualmente declarar su invalidez. Tal solución *intermedia* también soslaya las diversas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como la cláusula de derogatoria general que establece la propia Constitución Española de 1978. Se trata entonces de una solución que no tiene asidero en el ámbito del derecho positivo, en cuya razón tanto el Tribunal Constitucional Español como los tribunales ordinarios deberían tener por derogadas las disposicio-

nes preconstitucionales que son incompatibles frente al texto fundamental, al no superar el juicio de vigencia que sobre ellas impone la normatividad de la Constitución, y su poder para derogar todo el derecho anterior que se le opone. En este sentido, sin duda es importante el voto salvado del profesor Rubio Llorente a la sentencia 4/1981 del 2 de febrero, en que defiende la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia, así como la derogatoria de una norma jurídica y la declaratoria de inconstitucionalidad, y advierte la confusión que se produce en la tesis *híbrida y contradictoria* de la inconstitucionalidad sobreviviente. De ahí que también en este caso la mejor solución para el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y el texto fundamental sería la abrogación de los preceptos anteriores que se oponen a la Constitución. En suma, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor es anterior al de la norma fundamental y en el conflicto normativo entre éstas y la Constitución, la normatividad de la última exige ineludiblemente su abrogación, tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales ordinarios.

Víctor Orozco Solano

Normas *self-executing*

La denominación de estas normas proviene del inglés *self-executing* que quiere decir: ejecutables por sí mismas, autoejecutables o autoejecutivas. El tema de las normas *self- executing* usualmente se refiere a las normas contenidas en los tratados internacionales (derecho convencional), aunque también puede referirse a otro tipo de normas contenidas en otros instrumentos también de índole nacional (Constituciones).

Se consideran normas *self-executing* aquellas que por su misma naturaleza pueden ser aplicadas directa e inmediatamente sin necesidad de ningún acto legislativo posterior. Así la estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implantación o exigibilidad. De esta manera, como señala Loretta Ortiz Ahlf, se considera que hay autoejecutividad cuando la disposición o norma respectiva ha sido redactada de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales y órganos judiciales internos puedan aplicarla en cualquier caso concreto de su conocimiento. De esta manera y siguiendo a César Sepúlveda los tratados autoejecutivos *self-executing* serán aquellos que en su cuerpo contienen normas que pueden recibirse como leyes internas sin necesidad de que se dicten otras normas para transformarlas en ordenamientos domésticos. Se aplican directamente como derecho local, sin necesidad de legislación complementaria.

El famoso juez Marshall presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América señalaba que una norma es ejecutable por sí misma, es decir *self-executing*, "toda vez que opere por sí, sin ayuda de una disposición legislativa". Para Jiménez de Aréchega son dos las condiciones necesarias para que una norma se considere autoejecutiva: la primera que se trate de una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pre-

tensión en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o administrador solicitando esa aplicación, y la segunda que la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución se encuentre subordinada a un acto legislativo o a medidas legislativas subsiguientes. De esta manera una norma convencional es ejecutable por sí misma cuando esa ha sido la intención de los Estados parte, teniendo la intención de conceder un derecho definido y exigible por el individuo que solicita la aplicación de dicha norma en su favor ante un juez u otra autoridad. Ejemplo de estas normas son las cláusulas de la nación más favorecida, los tratados con normas sobre libertad de establecimiento, extradición, doble tributación y sobre todo las normas relativas a derechos humanos. El mismo Jiménez de Aréchega señala que existe una presunción a favor del carácter ejecutable de las disposiciones convencionales pues se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma "a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a una categoría excepcional de tratados a los que no se puede por su propia naturaleza dar efecto como derecho *ex propio vigore*". Es por ello que, como señala Michel Virally, muchas de las Constituciones modernas actualmente disponen que los tratados debidamente celebrados tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente tanto a las personas como a los tribunales. Este tipo de disposiciones convierten a los tratados celebrados por el Estado en una fuente también del derecho interno.

Según Thomas Buergenthal, si un tratado o una norma se considera como autoejecutable, será directamente reclamable ante los tribunales como cualquier norma de aplicación inmediata de carácter interno, sin necesidad de que existan algún otro tipo de medidas o regulaciones legislativas o administrativas para hacerlo. Así como dice Mathias Herdegen si las disposiciones de un tratado internacional por la certeza de su contenido pueden ser aplicadas por las cortes y autoridades nacionales se habla de una aplicación directa y es por ello que a este tipo de tratados se le conoce en el lenguaje americano como *self-executing*. Para Víctor Rojas Amandi, para que una norma pueda ser aplicada de manera inmediata y directa se requiere, que sea *self-executing* objetivamente hablando, es decir, que su contenido, objeto y redacción de la misma haya quedado suficientemente determinado para poder ser objeto de aplicación por parte de un tribunal sin que sea necesario que exista una ley especial interna que la reglamente para pormenorizarla, desarrollarla y detallarla. Adicionalmente a ello se requiere el aspecto subjetivo del *self-executing* y que es que los Estado Partes del tratado hayan tenido la voluntad de querer que las disposiciones contenidas en él se apliquen de manera inmediata por parte de sus órganos internos. Así para determinar la naturaleza de una norma habrá que acudir directamente a su texto y ver si la disposición se dirige a los Estados y los obliga a adoptar diversas medidas previas a su aplicación (normalmente medidas a cargo del legislativo de cada Estado) en cuyo caso serán *non-self executing* o si la norma se dirige inmediatamente a los órganos estatales de aplicación del derecho (jueces y administración pública) y a los particulares, caso en el cual se tratará de una norma *self-executing*. En todo caso

la determinación de dicha naturaleza es una cuestión de interpretación de la norma, así que usualmente queda en manos de los órganos jurisdiccionales.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidas por ellas de buena fe", el cual se reafirma con el art. 27 que determina que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención), ha asumido la postura general sobre la obligatoriedad de los tratados y de su eficacia con independencia de lo dispuesto por la legislación interna de los Estados partes, por lo cual la falta de aplicación de un tratado para el Estado parte que lo hace origina una responsabilidad internacional.

Es importante señalar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el párrafo 1o. del art. II del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos produce un efecto inmediato en todos los Estados partes y que dicha obligación jurídica es tanto de carácter positivo como negativo y que la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del pacto no está sometida a condiciones y es de efecto inmediato (Observación General No. 31). Del mismo modo en el Sistema Interamericano los arts. 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana han establecido la obligación de aplicar directamente la Convención y sus Pactos complementarios a los jueces domésticos y ejercer por tanto un control de convencionalidad *ex officio.*

Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete

Notificación

La notificación, en sentido genérico, es un medio de comunicación procesal, a través del cual y respetando las diversas especies y formalidades que las distintas legislaciones prevén, se da a conocer a las partes o a los terceros una resolución judicial o administrativa.

En esencia constituye un medio de comunicación entre las autoridades judiciales o con funciones jurisdiccionales y los sujetos vinculados, directa o indirectamente, con el proceso o procedimiento que se desarrolla, que tiene como objetivo primordial que determinados hechos o actos acontecidos, sin la presencia de los interesados, sean conocidos por éstos, lo que a su vez posibilita la oportunidad de la defensa (emplazamiento), así como el desahogo de cargas procesales y, en general, permite a las partes estar al tanto de la tramitación del litigio o trámite respectivo. Para Carnelutti (*Instituciones de derecho procesal civil*), la notificación es un acto de elaboración procesal accesorio.

Dentro del género notificación suelen distinguirse, atendiendo al tipo de resolución que se hace del conocimiento a las partes, el emplazamiento, la citación y el requerimiento.

En nuestro país, en el ámbito federal, se reconocen varias formas para llevar a cabo la notificación de los actos de los tribunales o de las autoridades que llevan a cabo funciones jurisdiccionales, revestidas, cada una de ellas, de formalidades que han de cumplirse para garantizar a las personas el respeto

al derecho a una tutela efectiva así como el goce de la garantía de debido proceso

Así, en el Código Federal de Procedimientos Civiles se establece en un capítulo específico los tiempos en que las notificaciones deben ser efectuadas, los datos que deben contener las mismas, los domicilios en los que pueden ser practicadas y las clasifica como personales, por instructivo (cédula), por edictos o por rotulón (lista). En el mismo ordenamiento se prevé que la nulidad de las notificaciones podrá inclusive provocar la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad y que el asunto no podrá ser fallado si antes no se resuelve el incidente de nulidad de notificaciones que hubiera sido planteado.

Por su parte, la Ley de Amparo (vigente a partir del 3 de abril de 2013), en función de la naturaleza de las partes que intervienen en el proceso así como en atención a las circunstancias particulares o especiales que pudieran presentarse dentro del mismo, reconoce como modos o medios de notificación la personal, por oficio, a través de lista y la electrónica para aquellas partes que lo soliciten expresamente y hayan obtenido previamente la *firma electrónica*. Cabe destacar que en el ordenamiento en cita se regula la notificación vía electrónica, lo que supone la armonización de los procesos judiciales con el avance tecnológico de las sociedades contemporáneas, sin sacrificar por ello la certeza jurídica.

Finalmente, debemos considerar los medios de comunicación procesal que se practican entre órganos judiciales pero que tienen como objetivo final el hacer del conocimiento de las partes o interesados en el proceso las actuaciones del tribunal, es decir, notificarlos cuando por razones de territorio la diligencia respectiva resulta imposible, tal es el caso de los exhortos, despachos y cartas rogatorias.

Andrea Zambrana Castañeda

Núcleo intangible de la Constitución

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española, el concepto de «núcleo» *(del lat. nuclĕus)* suele ser definido como el "elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo", o bien, la "parte o punto central de algo material o inmaterial". Por su parte, el concepto de «intangible» *(De in y del lat. tangibĭlis)* suele definirse como *aquello* "que no debe o no puede tocarse". En este sentido, hablar del *núcleo intangible de la Constitución* es hacer referencia al *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional.* La construcción de este concepto tiene como origen la idea aristotélica consistente en afirmar que es "...evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando, pues, los bienes esenciales de los bienes útiles…" (*Ética Nicomaquea*).

El profesor alemán Carl Schmitt, ya en 1928, hacía referencia en su obra intitulada *Teoría de la Constitución* al concepto de *decisiones políticas fundamentales*. Schmitt consideraba "…necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de la Constitución. Al

mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia…”.

De lo anterior es que Schmitt hiciera una diferencia entre *Constitución* (no escrita necesariamente) y *leyes constitucionales* (las normas que positivizan la Constitución), estableciendo que aquélla se hace consistir de *decisiones políticas fundamentales*, que son “más que las leyes y normaciones” ya que “denuncian la forma política de ser de [un] pueblo y forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales...”.

En otras palabras, no es lo mismo la *Constitución* que las *leyes constitucionales*, siendo su principal diferencia que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales y que las normas constitucionales, a las que Schmitt denomina *leyes constitucionales*, sólo tienen por objeto concretar dichas decisiones. No pasa desapercibido que al pensamiento de Schmitt pueda reprochársele la aberración en que incurriría al servir de fundamento a la doctrina nacionalsocialista del derecho y del Estado, la cual destruyó la arquitectura jurídica del Estado de derecho sustituyéndola por la desviación de la comunidad rácica del pueblo alemán, la cual se “justificó” debido a que las decisiones políticas fundamentales sólo podían ser correctamente interpretadas y aplicadas por sujetos pertenecientes a tal comunidad. De ahí el desprecio y discriminación del nacionalsocialismo por cualquier otra raza, especialmente la judía.

Sin embargo, la tesis schimittiana debe considerarse, no atendiendo a su devenir histórico y a su inhumana aplicación por parte del nacionalsocialismo, atendiendo a los postulados más auténticos y originales de la misma, entre los que destacan, a saber: *(i)* su ataque frontal contra el iuspositivismo formalista kelseniano del siglo XIX; *(ii)* la distinción entre Constitución y leyes constitucionales; *(iii)* el concepto de decisiones políticas fundamentales, y *(iv)* el reconocimiento de que existen, en la Constitución, ciertos contenidos que deben permanecer intangibles.

De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, es que debamos afirmar, por ejemplo, que el órgano revisor de la Constitución sólo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que estando de acuerdo con Schmitt, no puede ni debe alterar las decisiones políticas fundamentales.

En sus *Estudios de teoría constitucional*, Riccardo Guastini distingue entre las *normas materialmente constitucionales* y las nociones que son *materia constitucional,* estableciendo que las primeras son las normas de todo texto constitucional y las segundas son el conjunto de objetos que son regulados por tales normas. De lo anterior se puede advertir una conclusión que parece inobjetable por derivar incluso del sentido común: en el texto constitucional hay diferentes contenidos, o si se prefiere, en la Constitución no todo es igual. No es lo mismo el contenido del art. 1o. de la Constitución mexicana (principio de igualdad, principio de libertad, principio *pro persona* y principio de no discriminación)

que el contenido del art. 65 (fechas en que inician las sesiones del Congreso de la Unión), por lo que hay partes más constitucionales que otras.

La Suprema Corte de México ya ha reconocido la existencia de ciertos tópicos que deben ser protegidos especialmente. Así, en el recurso de reclamación 595/2001-PL, al interpretar el art. 15 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la CPEUM, el cual señala que en controversia constitucional la suspensión no será procedente cuando se pongan en peligro las "instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano", construyó tal concepto jurídico indeterminado de la siguiente manera: "...si en su sentido gramatical la palabra «instituciones» significa fundación de una cosa, alude a un sistema u organización, así como al conjunto de formas o estructuras sociales establecidas por la ley o las costumbres; mientras que el término «fundamentales» constituye un adjetivo que denota una característica atribuida a algo que sirve de base, o que posee la máxima importancia, se concluye que por instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano debe entenderse las derivadas de los principios básicos que tienen como objetivo construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones de la Constitución (…), dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, pues rigen su vida política, social y económica, principios entre los que se consideran los siguientes: *a)* régimen federal; *b)* división de poderes; *c)* sistema representativo y democrático de gobierno; *d)* separación Iglesia-Estado; *e)* garantías individuales; *f)* justicia constitucional; *g)* dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, y *h)* rectoría económica del Estado".

De esta manera, al reconocer la función especial que realizan tales principios dentro de la estructura política del Estado mexicano, se concluye que la suspensión como medida cautelar no puede concederse cuando se pongan en peligro tales instituciones, con lo que implícitamente se reconoce que existen tópicos que gozan de especial constitucionalidad.

Así las cosas, la trascendencia en el ámbito del derecho procesal constitucional y convencional de esta noción tiene un impacto que hoy se presenta como ineludible, debido a que se genera la necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa del *núcleo intangible* de la misma, ya que parafraseando al estagirita resulta evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes constitucionales según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquéllos. Separando, pues, los bienes constitucionales esenciales de los bienes constitucionales útiles, distinción la cual nos obliga también a distinguir la tutela y protección que requieren, ya que los segundos dependen de los primeros.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Nueva Ley de Amparo

El 6 de junio de 2011 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esa reforma constitucional en materia de amparo ha dado

paso al cambio jurídico de mayor trascendencia en las últimas décadas. El artículo segundo transitorio del Decreto mencionado dispuso que el Congreso de la Unión expedirá las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación de la reforma constitucional. No obstante, fue hasta el 2 de abril de 2013 cuando fue publicado en el *DOF* el Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

La *nueva* Ley de Amparo es el fruto del interés y las aportaciones de legisladores, expertos, académicos, asociaciones de abogados, postulantes y organizaciones de diversa índole que durante más de una década contribuyeron a este proyecto de gran envergadura, guiados por el interés de contar con un instrumento procesal acorde con las necesidades y legítimos requerimientos de acceso de la justicia de nuestra sociedad. Su artículo 1o. enuncia el objeto de esta *renovada* institución jurídica:

"Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley".

Como puede apreciarse, la nueva Ley de Amparo contiene la normativa necesaria para armonizar el sistema constitucional que adquirió plena forma en junio de 2011 y que tiene como objetivo obligar a todas las autoridades a sujetar su actuación al principio de protección y salvaguarda de los derechos humanos de las personas, en especial en beneficio de los más vulnerables.

Entre sus novedades, en su mayor parte de profundo calado, la nueva Ley de Amparo prevé las siguientes figuras: declaratoria general de inconstitucionalidad, plenos de circuito e interés legítimo.

a) La *declaratoria general de inconstitucionalidad* está prevista en la frac. II del art. 107 de la CPEUM y regulada en el art. 231 (y siguientes) de la Ley de Amparo, mismo que dispone que cuando los órganos del PJF establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la SCJN lo notificará a la autoridad emisora para que supere el problema de inconstitucionalidad. Transcurridos 90 días sin que la autoridad subsane la falta, el Pleno de la SCJN, por una mayoría de al menos ocho votos, emitirá la *declaratoria general de inconstitucionalidad*. Exceptuando normas generales en materia tributaria. La declaratoria general de inconstitucionalidad es uno de los elementos de mayor trascendencia de la reforma constitucional, ya que reforma no sólo el juicio de amparo, sino el alcance de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, en este diseño se respeta la facultad de la misma autoridad emisora de adecuar constitucionalmente la norma, preservando así el pleno respeto y equilibro entre los Poderes de la Unión.

b) La frac. XIII del art. 107 constitucional prevé la creación de *Plenos de Circuito* para la resolución de contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados de un mismo Circuito (artículo décimo primero transitorio de la nueva Ley de Amparo). Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o los Tribunales Colegiados de un mismos Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, los ministros de la SCJN, los mismos Plenos de Circuito, y los demás órganos antes mencionados podrán denunciar la contradicción ante la SCJN, para que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que debe prevalecer.

c) La figura de *interés legítimo* está consagrada en la frac. I del art. 107 de la CPEUM, que prevé que el juicio de amparo se seguirá a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (art. 5o. de la Ley de Amparo). A partir de ahora el amparo procede aun cuando la afectación no sea inmediata o directa para quien lo interpone, sino quien verdaderamente, a criterio del juzgador, demuestre la legitimidad de su interés, con lo cual se amplía aún más la protección de la del juicio de constitucionalidad. La figura del interés legítimo cuenta con un amplio desarrollo doctrinal y jurisdiccional en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el derecho mexicano que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico —interés jurídico— o cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivaba del propio orden jurídico.

A propósito de la promulgación de la nueva Ley de Amparo, debe destacarse que también resulta reglamentaria del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para la comprensión e interpretación de la *nueva* Ley, es de suma importancia tener presente que cada párrafo nuevo del art. 1o. constitucional conlleva implicaciones capaces de

revolucionar nuestras relaciones sociales. Establece ahora el párrafo inaugural que en México todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, a la par que de las garantías para su protección, así como que en conjunto su ejercicio no puede restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que se fijen en el propio texto de la ley fundamental. Continúa el segundo párrafo afirmando que las normas concernientes a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, siempre a favor de que a las personas se conceda la mayor protección. Cierra este marco el tercer párrafo que ordena a todas las autoridades, acorde a sus competencias, respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que los informan, a la vez que les impone obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

Una concatenación de suma relevancia entre la nueva Ley de Amparo y la reforma en materia de derechos humanos se encuentra en los preceptos de la *nueva* Ley concernientes a los requisitos de las demandas de amparo indirecto y directo, en los siguientes términos:

"Artículo 108. La demanda de amparo indirecto deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos que la ley lo autorice, en la que se expresará: …

VI. Los preceptos que, conforme al artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos y las garantías cuya violación se reclame. …

Artículo 175. La demanda de amparo directo deberá formularse por escrito, en el que se expresarán: …

VI. Los preceptos que, conforme a la fracción I del artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos cuya violación se reclame; …".

Si bien la *nueva* Ley de Amparo es la cristalización de la reforma constitucional de junio de 2011, no es, en modo alguno, el *fin de la historia* en la materia. Consecuentemente, la responsabilidad de su debida aplicación e interpretación corresponde a los titulares del Poder Judicial de la Federación. El juicio de amparo no es una institución jurídica más; es el catalizador que permite que el sistema de impartición de justicia federal funcione. El juicio de amparo es un derecho y una garantía. Es un derecho, porque su existencia y puesta en práctica, debe ajustarse, en todos sus extremos, a los requerimientos que establecen nuestra Constitución y también los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México. Es una garantía, porque su mera existencia implica una salvaguarda de reparación, para todo aquel que ha visto menoscabados o restringidos sus derechos y libertades.

A través de la nueva Ley de Amparo, este recurso judicial *sencillo y rápido* —en términos del *deber ser* dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— retoma sus orígenes como el recurso efectivo para amparar ante los tribunales competentes contra cualquier violación de los derechos fundamentales. El juicio de amparo, como institución procesal, inspiró —a propuesta de la representación de México— la redacción del texto vigente del artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos. Por ello, debemos estar orgullosos de la institución del amparo, misma que se renueva para recuperar la mejor tradición mexicana protectora de los derechos de las personas.

Juan N. Silva Meza

Nulidad procesal

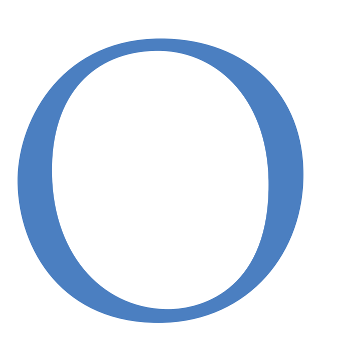
Consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico que se actualiza ante la ausencia de los requisitos establecidos para la validez de los actos procesales que da lugar a su invalidez, en virtud de la presencia de alguno de los vicios que son el resultado de la no observancia de la forma legal a la que deben ajustarse las actuaciones jurisdiccionales.

El concepto de *proceso* o *procedimiento* es entendido como el conjunto de actos procesales que tienden a la declaración del derecho y su ejecución cuya violación está prescrita por la ley adjetiva respectiva. Ahora bien, el ideal regulativo que enmarca la institucionalización del *proceso*, como resultado del establecimiento de instancias jurisdiccionales de administración y procuración de justicia en los órdenes jurídicos de corte constitucionalista, se encuentra delimitado por un conjunto de derechos tales como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, que a su vez encuentran concreciones más específica como la gratuidad en la justicia, el libre acceso a instancias judiciales, el derecho a dirigirse a las autoridades jurisdiccionales, a efecto de buscar su actuación y, finalmente, el derecho de obtener un fallo sobre el fondo de la cuestión debatida en el marco de los procedimientos previamente establecidos. En este orden de ideas, se observa que la noción de *forma* se encuentra estrechamente asociada con el concepto de *proceso.* Tal vinculación existe en virtud de que éstas constituyen las reglas básicas para encauzar la defensa de las partes, en razón de que su presencia es garantía de justicia e igualdad en la contienda. De acuerdo con Giuseppe Chiovenda, las *formas* son aquellas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión a las que deben someterse los actos procesales. De lo anterior se advierte que la *forma* puede referirse tanto al acto procesal en sí mismo, como al conjunto de actos procesales que se relacionan con el estándar requerido a su vez para la validez de otro acto en cadena. En una aproximación histórica de la evolución de las categorías que han empleado los juristas, sobre todo en los países de tradición romano germánica, en relación con el concepto de *forma,* lo que salta a la vista es la tendencia a la flexibilización del uso de estos mecanismos de validez de los procedimientos en las instancias jurisdiccionales y su orientación a la finalidad perseguida por cualquiera de los actos procesales que sean normados, esto es, la consideración de que las *formas procedimentales* en el derecho resultan valiosas en la medida en que concretizan estados de cosas protegidos como los principios procesales antes citados que generan certeza y seguridad jurídicas. En este sentido se observa, *grosso modo,* que se transita progresivamente de un rigurismo formal que encuentra su máxima expresión en la *legis actiones* del derecho romano, pasando por la *doctrina de la libertad absoluta de las formas,* imperante en la Revolución Francesa y que culmina en la *doctrina de la flexibilidad de las formas a la finalidad perseguida por el acto*, defendida por Carnelut-

ti, en su formulación del *principio moderno del fin procesal*, según el cual los actos procesales son válidos en la medida en la que se haya respetado la *forma* adecuada para la obtención de su finalidad. De esta manera resulta comprensible que el concepto de *formas procesales* se encuentre supeditado al concepto de *nulidades procesales*, bien se adopte un criterio clasificatorio de circunscribir el ámbito de las segundas al quebrantamiento de las primeras, o bien el criterio amplio de incluir en el concepto de nulidades, vicios que afectan a otros elementos del acto procesal, *i.e.,* sujeto y objeto; pero, en cualquier caso, las elaboraciones teóricas en torno a la teoría de las nulidades es comprensiva de las violaciones cometidas a la formas procesales en cualquiera de los campos en el derecho, sin ser privativa de algún sector en particular, pese a la existencia de regulaciones específicas en cada uno de ellos. Ahora bien, por lo que hace a la extensión del término *nulidad* en el marco de la teoría general del proceso se advierte que éste ha designado tanto al *error procesal* en sí mismo, como por ejemplo, un acto nulo, como los *efectos del error*, esto es, violaciones al procedimiento y, finalmente, el *medio de impugnación* prescrito por el ordenamiento respectivo, como forma de restituir las cosas al estado previo de la violación procedimental cuya repercusión trascienda al resultado del fallo. De tal suerte que una distinción que pudiera clarificar lo anterior sería aquella que distinga entre la *finalidad*, los *efectos* y los *tipos de errores* de los actos procesales. Por finalidad de los actos procesales, como se ha dicho en líneas anteriores, debe entenderse aquellos estados de cosas que conduzcan a la concreción de los principios que informan el proceso, de forma que los actos procesales estarán afectados de nulidad cuando carezcan de algún requisito que les impida lograr su finalidad; debe, no obstante, tratarse de una irregularidad grave y trascendental que viole los derechos constitucionalmente protegidos en el que se ubica prioritariamente el de la defensa en juicio y la igualdad en la contienda. Vistas así las cosas, el finalismo se propone analizar no ya el fin de la forma, sino el fin del acto cuya forma —u otro de sus elementos— ha sido vulnerado, que en suma se orientan a la correcta aplicación de las normas de fondo. Una consecuencia lógica de lo anterior sería que un acto que no obstante su irregularidad ha conseguido su fin, no será nulo (siempre y cuando no se haya afectado la finalidad de la forma). Ya en el terreno de los efectos, lo que se advierte es que la no observancia de las *formas* en los actos procesales y la consecuente existencia de anulabilidad, como capacidad de los actos de ser declarados nulos, conduce irremediablemente a la declaración de ineficacia de las actuaciones que comprenden las instancias jurisdiccionales que abarcan directa o indirectamente. Lo anterior se expresa a través del latinajo *nullum est quod nullum effectum, producit*. Si bien resulta anulable todo acto procedimental que no se ajusta a la *forma* legal prescrita y que determina su validez, existe la posibilidad de validación o convalidación, comúnmente conocida en el lenguaje foral como *reposición de procedimiento*, que conduce a la restitución de los efectos de la irregularidad, esto es, la declaración de violaciones al procedimiento tiene el efecto de eliminar aquellos actos o actuaciones nulos a efecto de volver a introducir regularidad *según las formas* prescritas para ellos. Esta característica peculiar de la convalidación de la nulidad en los actos procesales, hace que la nulidad se distinga de la figura de la inexistencia presente en

su vasta mayoría en la teoría de los actos jurídicos prioritariamente en el derecho privado. Resulta en este sentido anecdótico que la categoría de actos inexistentes surge en el seno de la Comisión de trabajos preparatorios para el Código Civil Francés de 1804 y fue la solución al rígido principio de origen romanista *pas de nullitas sans texte.* Ante la imposibilidad de declarar nulos ciertos actos en razón de la taxatividad extrema del sistema legalista, en aquellos casos en los que la nulidad no estuviese expresamente prevista, el legislador francés optó por la categoría de los actos inexistentes la cual a su vez fue incorporada por el Código Rocco de 1930 en Italia. Finalmente, en tercer lugar, se ubican los errores o defectos de los actos procesales. En este sentido la teoría de la nulidad ha distinguido entre los *errores de contenido* y los *errores de procedimiento,* dicha clasificación pretende ser descriptiva de la actuación del juez y en este sentido opera *intra* procesalmente. Los primeros, también conocidos como errores *in iudicando*, no anulan los actos sin perjuicio de ser impugnables por vía de recurso. Los segundos, denominados *in iudicando*, casi siempre desembocan en la declaración de nulidad. El error *in procedendo* o vicio de actividad es identificable desde que comienza a movilizarse la acción y el proceso inicia y tanto las partes como el juez realizan actos de carácter sucesivo que conducen a consumar el juicio. En tal desarrollo del proceso, se verifican, como se ha mencionado, ante la falta de observancia de las *formas* que la ley procesal respectiva ha determinado en cada caso, actuando como garantía para los justiciables y como base fundamental del proceso. Los errores de razonamiento, *i.e.,* errores *in iudicando* tienen que ver con la apreciación de parte del juzgador, con la interpretación de hechos y de normas y su concatenación en la sentencia. A diferencia de estos últimos el ámbito de verificación de los errores *in procedendo* es la inejecución de la ley que regula la *forma* que norma la consecución de las diversas etapas del proceso; frente al error de aplicación en las normas de fondo, que conduce a que dicho acto deba ser reparado, dentro de los sistemas de revisión o de instancias superiores. A manera de conclusión restaría hacer mención sobre la forma de reparación de los *errores in procedendo*. Ésta debe entenderse como la previsión que existe en los ordenamientos en relación con la declaración de nulidad, sin importar la forma en que se presente (sea incidente, sea a través de un recurso o en vía de juicio), con lo cual la manera de hacer valer la nulidad dependerá de los momentos procesales oportunos que determine la ley adjetiva respectiva. En instancias revisoras, el estudio de la nulidad procesal, entendida como violaciones al procedimiento, que en el caso del juicio de amparo se lleva a cabo de manera oficiosa, obliga al juzgador a retrotraer las cosas al estado previo a la violación procesal a efecto de restituir la garantía de adecuada defensa en juicio.

Francisco Javier Cárdenas Ramírez





Obiter dictum

Son dos elementos fundamentales en la doctrina del *stare decisis* del derecho anglosajón (*Common Law)* los que se distinguen dentro del "precedente judicial" o sentencia: el *obiter dictum* y la *ratio decidendi.* En el sistema de precedentes el primer paso es declarar los hechos substanciales —rechazando aquellos que no lo son— para la determinación del principio normativo sobre el cual el juzgador fundamenta su decisión, es decir, la *ratio decidendi*. A *contrario sensu,* el *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural) se compone del análisis, razonamientos y principios invocados por el juzgador en un caso concreto pero que no constituyen el principio normativo sobre el cual se basa su decisión, y por tanto no representa la parte obligatoria del precedente, ni vinculante para casos posteriores. Sin embargo, el *obiter dictum* posee una fuerza persuasiva para controversias futuras a resolver por las cortes. La razón por la cual el *obiter dictum* no es vinculante en casos posteriores se basa en que estos razonamientos no son estrictamente relevantes para el caso concreto que se ha resuelto en la sentencia.

Terense Ingmanasi (*The English Legal Process,* 12a. ed., Oxford, 2008) señala que *obiter dictum*, literalmente "dicho sea de paso, ó —a propósito de—", es la especulación del juzgador acerca de cuáles razones o principios normativos podrían ser aplicados a la controversia concreta, si los hechos probados en el caso resuelto hubieran sido distintos. Los enunciados o razonamientos elaborados *à propos de* por el juzgador a lo largo del texto de una sentencia constituyen el *obiter dictum,* son anotados ahí de forma hipotética, es decir, a manera de ejemplos se establecen ciertos supuestos y principios generales del derecho que podrían ser aplicados a la controversia concreta, pero que resultan irrelevantes para apoyar el pronunciamiento normativo y por tanto la decisión para fundamentar la resolución del caso.

El carácter persuasivo del *obiter dictum* implica reconocer que detenta una autoridad en la doctrina del *stare decisis* en el derecho anglosajón, esto significa que en casos futuros los enunciados que lo conforman son influenciables y pueden inducir e instar los argumentos o razonamientos del juzgador en casos futuros. Es ahí donde cobra importancia el *obiter dictum,* debido a que en controversias posteriores, el juzgador puede tomar en consideración esos razonamientos hipotéticos al caso concreto a resolver si así lo cree procedente.

María de Jesús Medina Arellano

Objeto de control constitucional

La locución "objeto de control constitucional" significa aquello que es materia de los diversos controles de constitucionalidad, esto es: la forma de actuar de los órganos de poder.

Esto implica que los órganos públicos como tal no son el objeto del control constitucional, sino los actos son emitidos por éstos. La actuación de cualquier autoridad debe supeditarse a los límites previstos en el texto constitucional. El verificar que dichas actuaciones se apeguen a los parámetros de constitucionalidad, será el objetivo de los medios de control previstos en la ley fundamental.

La medición efectuada por los controles de constitucionalidad puede darse en diversos momentos. Si bien los actos de autoridad son la materia objeto del control constitucional, la naturaleza de los medios de control atienden a circunstancias determinadas.

Dentro de los tipos de control (político, jurisdiccional y social) solo los políticos y los jurisdiccionales pueden tener una medición y repercusión jurídica, esto implica que su diseño y alcance están fomentados por el propio orden constitucional, para su mantenimiento y vigencia.

Siendo el objeto de control de constitucionalidad la validez de los actos de autoridad, cuando éstos rebasan los límites establecidos, afectando el orden constitucional o la esfera jurídica de las personas, operan como medios de reparación a dicha afectación, restituyendo el derecho vulnerado a la situación que guardaba antes de la comisión del acto generador. Estos medios de control son *a posteriori,* y requieren de la materialización del acto, es decir, que se haya exteriorizado, pues de lo contrario no puede aludirse algún tipo de agravio. El control jurisdiccional puede ser activado oficiosamente, o a petición de parte, según la naturaleza y funcionamiento de éstos.

Si bien, la mayoría de los controles de constitucionalidad funcionan como medios de reparación *a posteriori,* existen también controles de carácter previo, los cuales operan antes de la entrada en vigor de una norma jurídica de alcance general, sometiéndose a la validación del órgano encargado de ejercer la tutela constitucional. Si bien esta modalidad no posee una naturaleza jurisdiccional, por no existir una litis, afectación, ni administración de justicia por parte de un juez u órgano jurisdiccional, si resulta ser un control jurídico, pues requiere de un impulso procesal por alguna parte legitimada, y es sometida a una valoración jurídica para determinar su validez.

Otra modalidad en que pueden operar los controles constitucionales es en consecución de su objeto, esto puede ser a través del análisis que hagan en abstracto o en concreto de las normas jurídicas. El primero puede desdoblarse de forma previa o posterior a la entrada en vigor de la norma, y tiene como objeto someter la validez de dicha norma al contenido de la Constitución. En caso de existir una contradicción o inadecuación, se declara como inconstitucional parcial o totalmente.

La característica del control abstracto constitucional es que el análisis de validez no se deriva de la afectación que haya producido la norma al momento de su aplicación. Por otra parte, el control constitucional en concreto dimana de la función del juez al momento de resolver sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, cuando ésta es aplicada a un caso concreto y, como consecuencia, se genera una merma o vulneración al orden jurídico o en la esfera jurídica de las personas. Este ejercicio de control implica la validación de una norma jurídica en relación a un caso concreto, teniendo la resolución sólo efectos relativos.

Una última acepción sobre la forma de ejercer el control constitucional con referencia a su objeto es cuando un órgano jurisdiccional es el encargado de llevar a cargo dicho control. Esto puede ser de dos formas: concentrada o difusa. La forma concentrada hace alusión a que la tutela de la constitucionalidad se ubica en una sola competencia y jurisdicción, por lo que solo esa

instancia es la legitimada para declarar la inconstitucionalidad de un acto o una norma jurídica. En cambio, cuando el control se lleva a cabo de forma difusa, como su nombre lo indica, se difumina a cualquier órgano jurisdiccional la labor de tutela constitucional. El control difuso de constitucionalidad, en su sentido original, significa la obligación de todo juez de mantener la observancia de la supremacía constitucional. A diferencia del control concentrado, el difuso se limita a la inaplicación de aquella norma que se presuma como contraria al orden constitucional, reservándose la facultad de declaración de inconstitucionalidad, es decir, la expulsión de la norma del sistema jurídico a un órgano jurisdiccional supremo, o en su caso, a un Tribunal constitucional.

Estos controles (concentrado y difuso) pueden existir tanto a nivel local como a internacional. En el caso del sistema interamericano, el control concentrado que ejerce la Corte Interamericana como máximo órgano de tutela e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y demás instrumentos interamericanos, consiste en asegurar el cumplimiento efectivo de los dispositivos convencionales por parte de los Estados miembros de dicho sistema. En cambio, el control difuso de convencionalidad posee una variante al de constitucionalidad. Mientras que el control difuso de constitucionalidad tiene como objeto solamente la conservación del orden constitucional, el de convencionalidad busca el cumplimiento y tutela efectiva de los derechos humanos reconocidos a nivel convencional. Esto significa que todos los jueces pertenecientes al sistema deben hacer valer la vigencia del orden convencional, sin importar el grado, cuantía y territorialidad. Además de estas variaciones, el control difuso de convencionalidad no hace referencia a una inaplicación de la norma que se estima como invalida de *ipso facto,* sino que su aplicación requiere de forma primera, una interpretación armonizadora entre las normas constitucionales y los preceptos convencionales, buscando que prevalezca la vigencia plena de todos los derechos humanos.

En tal sentido, un último significado de la expresión "objeto de control constitucional" conlleva a la obligación de toda autoridad de fundamentar sus actos a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, protegiendo y promoviendo en todo momento la eficacia de los derechos humanos, pues de lo contrario carecerán de validez y mermaran la fuerza normativa del orden constitucional. Para garantizar la vigencia material de la Constitución, los controles constitucionales tendrán como objeto mantener la primacía e intangibilidad de los principios fundamentales y derechos humanos reconocidos por la Constitución.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

Ombudsman

La institución del *ombudsman* surgió en Suecia en los inicios del siglo XVIII y ha demostrado ser extremadamente adaptable a las circunstancias de cada país y en nuestros días se encuentra difundida a tal punto que puede llamársele, sin temor a equivocarnos, una institución de carácter universal.

Es esta misma flexibilidad la que ha determinado que el *ombudsman* haya conocido muchas configuraciones distintas, dependiendo de las distintas fun-

ciones a las que se ha dirigido, por ello resulta complicado realizar una definición que abarque todas su variantes, más bien, siguiendo el planteamiento de Fix-Zamudio puede señalarse que de esta institución se reconocen tres modelos correspondientes a tres etapas en su evolución: el denominado modelo clásico; en segundo término el *ombudsman* ibérico y, finalmente, el modelo del *ombudsman* en Latinoamérica.

Los dos últimos modelos de *Ombudsman* toman como punto de partida el paradigma escandinavo, el cual, en su configuración original o clásica, es un organismo general o mayoritariamente dependiente, aunque no de manera jerárquica, del parlamento; es un comisionado parlamentario para la fiscalización de la administración pública en relación con la legalidad de la conducta de las autoridades del Poder Ejecutivo. Es decir, en un primer momento, la institución se dirige a la vigilancia de la legalidad administrativa, entendida ésta de una forma amplia, es decir, no sólo el principio de la legalidad en sentido estricto, sino incluyendo la justicia, la equidad, la razonabilidad en las resoluciones o en los actos de la autoridad administrativa.

En consecuencia, desde una perspectiva tradicional o clásica, el *ombudsman* es un organismo autónomo cuyo titular, designado por el Poder Legislativo o el Ejecutivo —o por ambos—, que tiene como función esencial la vigilancia de la actividad de la administración pública, la recepción de quejas de los administrados en contra del funcionamiento de algunos servicios administrativos, la intervención para resolver las controversias en plazos más breves, la investigación respecto de la lesión a los derechos de los administrados y en vista de los resultados de la investigación, formular recomendaciones —no vinculante— a las autoridades a efecto de restablecer las prerrogativas que hayan sido vulnerados a los ciudadanos. Partiendo siempre del principio de recurrir a las más mínimas formalidades, sin perder de vista la seguridad jurídica.

Las funciones que debe desarrollar un *ombudsman* en el modelo clásico son básicamente recibir e investigar quejas. Las características esenciales para el desarrollo de sus actividades son: independencia, imparcialidad, credibilidad en el proceso de revisión y confidencialidad en el desarrollo de sus actos.

La segunda etapa en la evolución de esta institución se puede identificar a partir de las características de la introducción de esta institución en Portugal y en España. Este modelo tiene como característica esencial que el *ombudsman* amplía el ámbito de su competencia y se constituye como el órgano enfocado hacía la protección los derechos fundamentales. En efecto, como es sabido, estos países volvieron a la senda democrática después de largas dictaduras —con la natural actividad restrictiva y en ocasiones violatoria de los derechos esenciales de las personas por parte de la administración que conlleva todo gobierno dictatorial—, por lo que, en el diseño del nuevo Estado de derecho, se tomó la idea del *ombudsman* de origen escandinavo, pero se le adicionó la preocupación esencial por la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido la Constitución española de 1978 considera al defensor del pueblo —que es como se le designó— como un órgano o una garantía de los derechos fundamentales, tanto los enumerados en la Constitución española como los que derivan de los instrumentos de carácter internacional. Otro tanto sucedió en Portugal.

Una situación similar se desarrolló en América Latina después de la traumática situación que embargó a la mayoría de los países del subcontinente durante la década de los setenta del siglo XX con diversos regímenes dictatoriales; situación que, sin embargo, dio la oportunidad de llevar a cabo una importante renovación constitucional a partir de la década siguiente; producto de dicha renovación fue la adopción de la institución del *Ombudsman*. Si bien en América Latina la figura del *Ombudsman* se inspiró fundamentalmente en el constitucionalismo democrático español, sin embargo existe un conjunto de elementos que distinguen a la figura latinoamericana respecto a la ibérica. En efecto, en América Latina, el *ombudsman*, además de dedicarse fundamentalmente a la protección de los derechos humanos, sin que ello implique tampoco abandonar el control de la legalidad administrativa, incorpora a sus finalidades principales la búsqueda de establecer una cultura de respeto a los mismos derechos humanos. De esta forma, este tercer modelo tiene grandes tareas adicionales, consistentes, básicamente, en la promoción, difusión y enseñanza de los derechos fundamentales.

Es de señalarse que las características propias del *ombudsman* en América Latina, que hacen que su finalidad esencial sea la protección y promoción de los derechos humanos, permiten que estas instituciones formen parte, de manera natural, del "movimiento de instituciones nacionales de protección de derechos humanos", auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Este movimiento se fundamenta en la preocupación de la ONU por la vigencia de los derechos humanos y que fueron concretadas en los denominados Principios de París —adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en marzo de 1992, en su resolución 1992/54 y posteriormente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/134 del 4 de marzo de 1993— los cuales parten de tres premisas: en primer término, que debe darse prioridad a la elaboración de arreglos adecuados en el plano nacional para garantizar la aplicación efectiva de las normas internacionales en materia de derechos humanos; en segundo lugar, que las instituciones nacionales son las que pueden desempeñar en el plano nacional el papel más importante en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y a la formación e intensificación de la conciencia pública respecto de esos derechos y libertades; finalmente, la tercera de las premisas señala que las Naciones Unidas pueden desempeñar una función catalizadora que contribuya al establecimiento de instituciones nacionales, en su calidad de centro de intercambio de información y experiencia.

En nuestro país, la función *ombudsman* la desempeña, a nivel nacional la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a nivel local las comisiones (aunque pueden tener otra denominación como procuraduría) estatales (y del Distrito Federal) de derechos humanos.

José Luis Soberanes Fernández

OMBUDSMAN UNIVERSITARIO

El vocablo sueco *ombudsman* significa representante, mandatario o procurador; en la actualidad se utiliza el vocablo *ombudsperson* como sinónimo, en atención

a los estándares de género, en tanto que su actividad es denominada genéricamente en el mundo angloparlante como *ombudsing*.

Las instituciones educativas son ámbitos en los que tienen incidencia actividades administrativas, académicas y estudiantiles, entre otras, que dan lugar a relaciones de muy variada índole, por ejemplo: las de tipo laboral, aquéllas entre autoridades educativas y profesores, investigadores o personal administrativo; las de carácter académico, entre el profesorado y el alumnado, entre autoridades de centros de investigación y personal académico, asistentes y becarios; o de carácter administrativo, entre autoridades académicas y estudiantes, respecto a los diversos trámites que deben llevarse a cabo durante la vida estudiantil, tales como inscripciones o exámenes de grado, entre muchos otros. Desde otro ángulo, también hay un ámbito de relación entre el propio personal académico, o de los estudiantes entre sí.

Las actividades y relaciones apuntadas se dan en un marco de reglas jurídicas, que pueden ser externas a la institución o generadas por ésta, en particular cuando posee autonomía. Dentro del amplio campo de las reglas jurídicas externas e internas a las instituciones educativas se ha ido conformando un núcleo de derechos y deberes que integran un sector que podemos denominar "derechos y deberes en la educación", los cuales están vinculadados y, de hecho, forman parte del muy amplio e importante derecho humano a la educación.

A tales derechos y deberes, cuyos titulares son esencialmente alumnos y personal académico, se les conoce como *derechos universitarios*, cuando se trata de instituciones de educación superior. Los derechos universitarios son, desde cierta perspectiva, una expresión de diversos deberes y derechos humanos que tienen incidencia en las instituciones de educación superior, en las diversas actividades y relaciones que ocurren en ellas.

Una de las formas de difundir y garantizar la efectividad de los derechos universitarios ha sido a través del establecimiento, al interior de las instituciones de educación superior, de órganos de protección para tales derechos, los cuales comparten la naturaleza de un *ombudsman*, es decir, un órgano que vigila la regularidad de los actos de la administración, y que, además, orienta, recibe quejas, promueve soluciones mediadas y puede emitir recomendaciones.

Al igual que todas las instituciones jurídicas y sociales, el *ombudsman* ha sufrido transformaciones, de acuerdo con el contexto y las ideas e influencias vigentes en el momento histórico en que se incorpora a un determinado ordenamiento nacional e incluso supranacional. Particularmente, en el ámbito iberoamericano, esta evolución o trasplante, se tradujo en la creación del defensor del pueblo, institución que se implementó en España en el año de 1978, luego de su transición de un régimen autoritario hacia uno más abierto y la emisión de una nueva Constitución. Las atribuciones del defensor girarían en torno a la vigilancia de la administración y se incorporaría la característica más propia de este modelo iberoamericano: la garantía institucional de los derechos humanos o fundamentales, como señala el artículo 54 de esa *ley fundamental,* conservando la importante función representativa como un comisionado de las Cortes Generales.

En norteamérica los antecedentes de esta actividad llamada hoy en día *ombudsing*, enfocados al ámbito educativo, se ubican en la universidad canadiense Simon Fraser, Burnaby, Columbia Británica, donde fue implementado en 1965. En 1998, dicha casa de estudios estableció una Oficina para Solucionar Casos de Acoso (The Harassment Resolution Office), la cual, en 2003, cambiaría su nombre al de Oficina de Derechos Humanos (Human Rights Office), ampliando su competencia para recibir quejas frente a casos de discriminación. En dicho sistema aplican las políticas universitarias, así como el Código de Derechos Humanos de la Columbia Británica (1973). La implementación de estas figuras no ha significado la desaparición de la primera, cuyos temas conocimiento excluyen a los relativos a las mencionadas oficinas. Por su parte, en los Estados Unidos encontramos un antecedente en la Universidad Estatal de Nueva York, que cuenta con una defensoría desde el año de 1967 y la Universidad Estatal de Washington, desde 1970, ambas en Estados Unidos de América, entre otras experiencias.

En nuestro país, el modelo ibérico sirvió de inspiración a los profesores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo para crear en el año de 1985 a la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México. Durante la sesión del Consejo Universitario del 29 de mayo de 1985 fue aprobado el Estatuto de esa Defensoría que se convertiría en el precedente de las comisiones de derechos humanos que se instituirían a nivel federal y de cada entidad federativa en México, y a su vez sería el modelo para la creación de defensorías, procuradurías y órganos afines, en la mayoría de las instituciones educativas superiores mexicanas.

Si bien dichas instituciones tienen una finalidad común, difieren en ocasiones en el marco que les da sustento, en su organización y alcance de sus atribuciones. No obstante, algunas de ellas pueden consistir en: *i)* recibir reclamaciones de estudiantes o académicos por la afectación de sus derechos universitarios; *ii)* efectuar las investigaciones que sean necesarias, las cuales pueden ser de oficio o a petición de parte, cuando esté manifiesta la afectación a su esfera de derechos; *iii)* proponer soluciones para resolver las situaciones que le son planteadas con inmediatez; *iv)* la emisión de recomendaciones dirigidas a la autoridad que vulneró los derechos, éstas, regularmente se emiten ante la negativa de la autoridad para atender la problemática durante el procedimiento, y *v)* rendición de cuentas, que se lleva a cabo ante el rector y el Consejo Universitario a través de la presentación de un informe anual o de informes especiales.

En este tenor, las defensorías, procuradurías e instituciones de promoción y protección de los derechos universitarios, actualmente presentes en Estados Unidos, Canadá, México y diversos países latinoamericanos y de Europa, forman una especie de subsistema de *ombudspeople* especializados en la salvaguarda de derechos al interior de las instituciones de educación superior, cuyo objetivo primordial es fortalecer la cultura de la legalidad y respeto a la dignidad humana en dichas instituciones.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Omisión legislativa

La inconstitucionalidad por omisión, desde un punto de vista doctrinal, se puede definir como "la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación" (Fernández Rodríguez, 1998). Por lo tanto, desde este punto de vista se estima que solo es inconstitucional la inacción del legislador que cumple esas características. En la arquitectura de un Estado democrático de derecho es el Poder Legislativo el encargado de emanar las normas que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Por ello, parece lo más adecuado que la omisión inconstitucional se predique sólo del legislador, aunque en sistemas presidencialistas se podría introducir alguna matización en ello. El periodo excesivamente prolongado a la hora de actuar introduce la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto. La ineficacia de la norma constitucional sería la negativa consecuencia de una situación de este tipo. Ello permite excluir aquellos supuestos en los que, pese a la ausencia de un adecuado desarrollo, el precepto constitucional tiene una vigencia tan efectiva que cumple las previsiones constitucionales en cuanto a su aplicabilidad.

En los diversos casos de derecho comparado, en líneas generales, se sigue esta idea de ausencia de actuación legislativa referida a una concreta previsión constitucional, insertándose, por lo tanto, en el ámbito de las tesis obligacionistas. También la jurisprudencia que reconoce su existencia camina por una línea *grosso modo* similar.

La existencia en la Constitución de preceptos de obligatorio y concreto desarrollo, que se pueden denominar encargos al legislador, es el argumento jurídico más poderoso en favor de la existencia de esta institución. Estos encargos son normas constitucionales de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ellas contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena. Se trata de normas incompletas que requieren para su eficacia la interposición del legislador. Como es sabido, los textos constitucionales no pueden agotar la regulación de las materias que abordan, tanto por razones prácticas como por exigencias del carácter abierto que ostentan. Esto convierte en inevitable la existencia de tales encargos, que se caracterizan por su estructura (generan una obligación de desarrollo) y no por su contenido material.

Del mismo modo, juegan en defensa de esta figura el propio carácter normativo de la Constitución, el principio de supremacía de la misma y la función transformadora que desempeña.

La libertad de conformación del legislador debe darle un importante margen de maniobra temporal y material, pero no puede ser un permiso para desconocer indefinidamente las obligaciones de desarrollo constitucional y la especial vinculación de la norma básica. El principio es la necesidad de desarrollo que reclaman los encargos al legislador, la excepción la constituye el retraso en ese desarrollo, que como tal excepción necesita de justificación si quiere imponerse, al menos momentáneamente. Otra opción perjudica el proyecto

de futuro que diseña la Constitución, desvaloriza el carácter normativo de la misma e, incluso, puede coadyuvar a una mutación constitucional.

En la actualidad esta categoría está prevista en diversos casos en el derecho comparado. En las dos últimas décadas su reconocimiento en el derecho positivo sufrió un moderado aumento. En el ámbito de las Constituciones nacionales, podemos citar a Angola, Brasil, Ecuador, Portugal, Timor y Venezuela. No a nivel constitucional, pero sí prevista en la legislación de la jurisdicción constitucional, tenemos los supuestos de Costa Rica y Hungría. En Constituciones regionales la encontramos en Argentina (Río Negro, Tucumán), Brasil (en casi todas sus Constituciones locales) y México (Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz).

Asimismo, en distintos supuestos la inconstitucionalidad por omisión se reconoce, de una u otra forma, a nivel jurisprudencial. Serviría como ejemplo Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Colombia, España, Estados Unidos, Italia, Nicaragua, Perú, República Dominicana o Rumanía.

Una de las más complejas cuestiones a las que se enfrenta esta figura es logar una articulación práctica aceptable y eficaz, que se cohoneste adecuadamente con la arquitectura institucional del sistema respectivo. Las diversas soluciones de derecho comparado atestiguan que ello no es una tarea pacífica.

Respecto a las vías procesales que se podrían emplear, las opciones son diversas: una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión residenciada en la jurisdicción constitucional; una acción concreta de inconstitucional, que el juez ordinario eleva al tribunal constitucional; aceptar la procedencia de una acción de protección de derechos fundamentales ante semejantes omisiones; o el uso de sentencias constitucionales atípicas, como recomendaciones al legislador o sentencias aditivas. La opción de las sentencias constitucionales atípicas se ha revelado en la práctica como efectiva y respetuosa con el equilibrio institucional, aunque en ello es necesario no prescindir de las dosis de autolimitación que deben caracterizar a un tribunal constitucional.

De igual forma, a veces se prevé que detectada la omisión se comunique al órgano legislativo sin más (art. 283 de la Constitución de Portugal) o para que adopte las medidas necesarias (art. 232 de la Constitución de Angola; art. 103.2 de la Constitución de Brasil, que es una vía de fiscalización abstracta). En otros supuestos, se le da un plazo al legislador para que actúe (art. 436.10 de la Constitución de Ecuador; también las dos provincias argentinas citadas; Chiapas; Quintana Roo; Tlaxcala —tres meses—; Veracruz), o se le da un plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección o los principios, bases y reglas normativas a regular (respectivamente, art. 336.7 de la Constitución de Venezuela, y art. 88 de la Ley de Justicia Constitucional de Coahuila).

También, en el marco de algunas acciones protectoras de derechos, el tribunal competente para el control puede dictar las órdenes o instrucciones que garanticen, en el caso concreto, y sin más especificaciones, el ejercicio de estos derechos, definiéndose las condiciones para esa satisfacción directa del derecho. Ello está pensado más bien para el ámbito legal y administrativo, aunque en algún caso se puede interpretar que también es posible esgrimir esta acción ante una omisión inconstitucional. Sirve como ejemplo el *mandado de injunção*

brasileño (previsto en el art. 5.LXXI de la Constitución, un mecanismo de control concreto e inspirado en el *writ of mandamus* anglosajón). Esta figura procede ante la falta de norma de desarrollo que torna inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales.

Asimismo, se puede establecer la reparación patrimonial del ciudadano perjudicado en sus derechos por la omisión inconstitucional. En cambio, otros mecanismos de solución resultan criticables y no aceptables, como el dictado provisional de la normativa que falta por parte del órgano de jurisdicción constitucional. Ello excede las funciones que ésta debe asumir de conformidad con su naturaleza y afecta de manera desproporcionada al principio de libertad de conformación del legislador.

José Julio Fernández Rodríguez

Omisión legislativa en materia tributaria

La inconstitucionalidad por omisión puede definirse como la vulneración del texto constitucional causada por la inactividad, inclusive parcial, del Poder Legislativo respecto de aquellas normas reales y exactas que, de manera expresa o tácita, exigen de él un específico desarrollo ulterior para ser efectivas, siempre que el término fijado haya vencido, su pasividad sea irracional o su actuación lesione el principio de igualdad al excluir arbitrariamente a un determinado grupo de entre los beneficiarios de la ley.

Extrapolando esta definición de inconstitucionalidad por omisión legislativa al campo del derecho tributario podemos conceptualizar a la omisión legislativa como la vulneración de los principios materiales de justicia tributaria que sancionan los textos constitucionales, tales como capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela), capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana) proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México), reserva de ley tributaria (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela), equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México), igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú) progresividad (Chile, Brasil, España, Venezuela), no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), etcétera, causada por la inactividad, inclusive parcial, preponderante del Poder Legislativo, que impide efectivizar dicho principios en tanto derechos del contribuyente, siempre que su pasividad sea irracional o su actuación lesione el principio de igualdad tributaria, implicando una afectación a los particulares, ya sea porque haga nugatorios estos derechos fundamentales del contribuyente o cause inseguridad jurídica.

Ahora bien, para poder hablar de una omisión legislativa propiamente, la teoría general de la inconstitucionalidad por omisión exige la existencia de un mandato expreso de legislar (encargo legislador) contenido en la ley fundamental cuyo desacato sea la fuente que origina la omisión. Difícilmente los textos constitucionales cumplen con esta exigencia, mas ello no significa que los preceptos que importan principios materiales de justicia tributaria no impliquen *en abstracto* un encargo al legislador que pueda desprenderse de la naturaleza propia de los derechos fundamentales del contribuyente. Es decir, las normas jurídicas que contienen o de las que derivan este tipo de principios

son mandatos al legislador en tanto sancionan derechos fundamentales, pues de acuerdo con la doctrina más autorizada (Rangel Hernández, 2009), aun cuando el mandato de legislar no sea explícito, tratándose de derechos fundamentales existe un mandato de legislar que no se encuentra directamente en el texto constitucional, sino que viene implícito en la naturaleza de esos derechos, en tanto mandatos de optimización y por el principio de progresividad de los mismos, que obliga a todos los operadores jurídicos a realizar todas las conductas que sean necesarias para lograr su debido cumplimiento y garantizar su disfrute.

Bajo esta óptica, en tanto sancionan derechos fundamentales del contribuyente, las normas que contienen o de las que derivan principios materiales de justicia tributaria representan un mandato implícito de actuación al legislador, cuyo incumplimiento puede actualizar una omisión legislativa inconstitucional con motivo de su inobservancia.

Ahora bien, respecto a las normas susceptibles de omisión, se debe reconocer que en materia fiscal las omisiones relativas son mucho más frecuentes que las absolutas, debido a que aquellas pueden actualizarse tanto en normas sustantivas como adjetivas; lo que significa que la deficiencia de la actividad legislativa puede crear vacíos en las normas fiscales que representen tanto obligaciones sustantivas como obligaciones formales del contribuyente, ya sea porque infrinjan el principio de igualdad tributaria o simplemente entrañen la ausencia de plenitud normativa al no regular expresamente, por ejemplo, alguno de los elementos esenciales del tributo.

En cambio, las omisiones absolutas o totales tienen menor presencia debido a que sólo pueden cobrar vida en normas adjetivas o en aquellas que se traduzcan en obligaciones formales para el contribuyente y que se espera existan materialmente; mas nunca pueden pesar sobre la obligación principal, pues suponer la inactividad absoluta del legislador en el desahogo de la potestad normativa tributaria representaría un alto costo para el Estado que le impediría allegarse de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines y cubrir el gasto público, ya que la función recaudadora de la potestad tributaria tiene como marco de referencia al principio de legalidad en sentido amplio, manifestado en la expresión latina *nullum tributum sine lege*, cuestión que hace imposible que el legislador omita crear las contribuciones necesarias para sostener el gasto público.

Sin embargo, la inactividad del legislador puede presentarse también en leyes fiscales de rango infraconstitucional que requieran de posterior desarrollo normativo para cobrar eficacia plena. Inclusive, estas situaciones también pueden actualizarse ante la falta de adecuación o armonización de la legislación tributaria nacional a los Tratados para Evitar la Doble Tributación —aquí ya no hablamos de un tema de inconstitucionalidad, sino de *inconvencionalidad* por omisión legislativa en materia tributaria—, y es precisamente en este tipo de instrumentos internacionales o leyes domésticas en las que también tienen cabida las omisiones absolutas.

Como quiera que sea, es indudable que cualquier omisión —relativa o absoluta— que se presente en la ley tributaria y que cumpla con los requisitos necesarios, vulnerará eventualmente el texto constitucional de algún otro

modo, ya sea porque haga nugatorios los principios materiales de justicia tributaria; o bien, porque cause inseguridad jurídica al contribuyente con motivo de la falta de regulación legislativa expresa de determinado supuesto de hecho.

Respecto a su tipología, se pueden distinguir dos tipos de omisión legislativa en materia tributaria. Por un lado, la omisiones relativas, entendidas como aquellas que, además de poder presentarse en normas adjetivas, pueden recaer en la obligación tributaria principal. Por ejemplo, que dentro de los elementos que configuran la base imponible de un impuesto directo, el legislador otorgue determinado privilegio fiscal a las instituciones bancarias, excluyendo —sin aparente base objetiva y razonable que supere el juicio de proporcionalidad— al resto de los conceptos que integran el sistema financiero, negándoles participar de tal beneficio (*v. gr.*, de alguna deducción o minoración en la tasa).

Por otro lado, las omisiones absolutas son aquellas que sólo recaen en normas de procedimiento y respecto de las cuales no existe regulación positiva, pero se espera exista alguna. Ocurriría en aquellos casos, por poner un ejemplo burdo, en que el legislador abrogue un código, ordenanza o ley general tributaria y al momento de expedición del nuevo ordenamiento omita regular los plazos para la conclusión de las facultades de fiscalización de la administración tributaria.

Israel Santos Flores

Omisiones absolutas

Tipo de omisión legislativa que da lugar a una infracción constitucional, caracterizada por la ausencia total y absoluta de la legislación que el constituyente o el órgano revisor de la Constitución ordenó que se creara específicamente en un determinado plazo, o de la legislación que debe desarrollar un precepto constitucional para tornarlo plenamente aplicable. Así, las omisiones legislativas absolutas estriban en la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé constitucionalmente.

Carlos Báez Silva

Omisiones absolutas respecto de facultades de ejercicio obligatorio

Ausencia total de una ley cuya emisión ha sido ordenada expresamente en la propia constitución por el órgano constituyente o por el órgano revisor de la misma.

La Suprema Corte de Justicia la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado mexicano se expresa positivamente de varias maneras:

a) Prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas.

b) Facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida, y

c) Facultades de ejercicio obligatorio, o sea que el órgano está obligado a ejercer la facultad establecida en la Constitución (Suprema Corte mexicana, Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2333).

En el caso de existir una mandato específico para que se ejerza la facultad legislativa, el órgano legislativo no tiene la posibilidad de decidir si crea o no una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley. Este mandato es correlativo, por lo regular, a la existencia de normas constitucionales de eficacia mediata, o sea, que para su plena eficacia tales normas reclaman un desarrollo legislativo.

La Suprema Corte ha sostenido que el mandato concreto de crear una ley en específico puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales, ya sea en su texto mismo o en su derecho transitorio. Por ejemplo, el art. 21, cuarto párrafo de la Constitución al prescribir que las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley, le impuso, de manera implícita en su texto mismo, al legislador secundario (tanto federal como estatal) el mandato de crear una ley al respecto, o bien modificar las existentes.

Un ejemplo de mandato explícito de legislar contenido en disposiciones transitorias es el del art. 73, frac. XXIX-J, el cual prescribe que el Congreso tiene facultad para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado. En el decreto mediante el cual se adiciona tal frac., el art. transitorio segundo fijó un año como plazo máximo para la expedición de la ley reglamentaria de las atribuciones de la Federación en materia de deporte. La Suprema Corte mexicana ha sostenido que las normas transitorias cumplen con la función de establecer las obligaciones, parámetros y tiempos para la adecuación de los cambios normativos establecidos por el órgano de reforma constitucional (Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2337).

La controversia constitucional 326/2001 representa un ejemplo de la situación en la cual el legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y *no lo hace*. El art. 115 de la Constitución federal fue reformado, entre otros, con el objeto de que el servicio público de seguridad pública, tránsito y vialidad les sea transferido a los municipios. En una disposición transitoria el órgano revisor de la Constitución federal prescribió el plazo de un año como máximo para que las entidades federativas adecuaran las correspondientes normas constitucionales y legales. Al cabo de este plazo, el municipio de Toluca solicitó al gobierno del Estado de México la transferencia o municipalización del servicio referido, a lo que éste se negó con base en el hecho de que aún no se habían adecuado las normas legislativas para hacerlo (*SJFyG*, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, Pleno y Salas, p. 964).

Cabe destacar que a la justificación esgrimida por el gobierno del Estado de México, la Suprema Corte respondió afirmando que la Constitución

federal, en tanto que norma jurídica, vincula e impera sobre todos los sujetos políticos por igual, en el caso tanto al órgano legislativo como al ejecutivo; lo anterior implicaba que los órganos mencionados estaban obligados a hacer "todo lo que estuviera a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo y oportuno" del mandato constitucional, el cual resultó incumplido.

En virtud de que durante la sustanciación de la controversia las normas constitucionales y legales estatales fueron adecuadas a la norma constitucional federal, la Suprema Corte resolvió declarar la invalidez del oficio del gobierno del Estado de México en el que se negaba la solicitud del municipio de Toluca y ordenarle a aquél que en un plazo de 90 días procediera a la transferencia del servicio público.

Otros ejemplos de este mismo tipo de omisión legislativa absoluta respecto de facultades de ejercicio obligatorio pueden ser las controversias constitucionales 46/2002 y 80/2004. Un ejemplo más puede serlo la controversia constitucional 4/2005, en la que la Suprema Corte consideró, entre otras cosas, que el Congreso del estado de Tlaxcala incurrió en una omisión legislativa absoluta de una facultad de ejercicio obligatorio, pues no había adecuado la Constitución estatal ni las normatividad secundaria a las normas constitucionales relacionadas con la independencia del Poder Judicial del estado, por lo que se le conminó para que "a la brevedad posible" cumpliera con el mandato constitucional (*SGFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 1677).

Carlos Báez Silva

Omisiones absolutas respecto de facultades de ejercicio potestativo

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado se expresa positivamente de varias maneras, una de ellas consiste, precisamente, en las facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida.

En el caso de los órganos legislativos, una facultad de ejercicio potestativo no implica, evidentemente, una obligación, sino sólo la *posibilidad* establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, de forma tal que dichos órganos pueden decidir si ejercerá o no tal facultad y la oportunidad de hacerlo. En pocas palabras, en ese caso el órgano legislativo decide, libremente, si crea o no determinada norma jurídica y en qué momento lo hará.

Por lo que hace a las omisiones legislativas respecto de facultades de ejercicio potestativo, el control de su constitucionalidad se torna más complicado, en virtud de que no se está en presencia de un mandato concreto cuyo desacato torne evidente la infracción a la Constitución.

Imaginemos que, siendo las doce horas de un día muy soleado, entro a una habitación con amplios ventanales por los que se cuela gran cantidad de luz natural. Al entrar a la habitación no enciendo la luz artificial. Nadie podría sostener que he omitido encender la luz. Ahora imaginemos que entro a la misma habitación, pero al punto de la media noche, la cual es muy

cerrada y no hay luna visible. Al entrar no enciendo la luz. Ahora sí se podría sostener que lo he omitido, por la simple razón de que era esperable que lo hiciera. Ahora agréguese al ejemplo el hecho de que existiera una norma que me facultara o me diera competencia para encender la luz. ¿Algo cambiaría?

Si estando facultado para encender la luz (o siendo competente para ello), el ejercicio de tal atribución me fuera potestativo (es decir, yo decido si ejerzo o no la facultad, y el momento de hacerlo), y, siendo las doce la noche, no ejerzo mi facultad o competencia, la omisión en la que incurriría sería consecuencia del contexto en el que no ejercí mi facultad o competencia potestativa, mas no de una violación a la norma que fija mi competencia o determina mi facultad. En tal caso no violaría directamente ninguna norma.

Pero, siguiendo con el experimento mental, si alguien tuviera derecho a leer en la mencionada habitación en la hora en que le plazca, la media noche por ejemplo, y, facultado en forma potestativa como lo estoy para encender la luz, no lo hago, no sólo omito una conducta esperable, aunque no obligada, sino que, además, vulnero un derecho: el de quien teniéndolo para leer en la habitación en cualquier momento no puede ejercerlo. Si, en el extremo, resultare que tal derecho está constitucionalmente consagrado, en ese caso mi omisión violaría, de manera indirecta, la Constitución, pues una norma constitucional dejaría de ser eficaz en razón de mi omisión.

Es así que el legislador también incurre en una omisión legislativa inconstitucional cuando, a pesar de que no exista un mandato constitucional explícito para legislar, su omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales. Esa sería una omisión absoluta de ejercicio potestativo.

Por otra parte, lo cierto es que no siempre se le imponen al legislador mandatos legislativos explícitos, sino que tal mandato es resultado de una interpretación sistemática y/o funcional de determinadas normas constitucionales. Por ejemplo, si bien no existe una prescripción constitucional federal que obligue a los poderes legislativos locales a actualizar o revisar la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales de sus respectivos estados, bajo el criterio poblacional, lo cierto es que, a partir de una lectura sistemática y funcional de la Constitución federal, se puede llegar a la conclusión de que tales órganos legislativos están obligados a actualizar tal demarcación territorial, a menos, cada diez años, tras el más reciente censo general de población (SUP-JRC-511/2006, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el cual, no obstante, no se entró al análisis de fondo, en virtud de que la reparación era material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales).

Finalmente, cabe citar a Francisco Fernández Segado quien en *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado* (Madrid, 2009) señala que no diremos en modo alguno que el rol del legislador es el de mero ejecutor de la Constitución, equiparándolo de esta forma con el rol del poder reglamentario respecto de la ley. Aunque no fuera más que por la legitimidad democrática de que goza, es patente que el legislador se sitúa en una posición bien distinta respecto de la Constitución que la que tiene el poder reglamentario respecto de la ley, al margen ya de que los preceptos constitucionales, ge-

néricos y abiertos como regla general, particularmente los de la parte dogmática de la Constitución, no imponen una única, exclusiva y excluyente, normación de desarrollo, sino que posibilitan una pluralidad de opciones que el legislador, en cada caso, habrá de concretar. Ello, sin embargo, no ha de entenderse como una libérrima capacidad decisoria. El legislador se halla sujeto a los mandatos constitucionales, que no puede ni debe ignorar, más aún cuando lo que está en juego es la plena vigencia de derechos constitucionalmente consagrados, pues como Häberle ha mostrado con claridad meridiana, la normatividad constitucional no es suficiente para la plena vigencia de los derechos; éstos requieren normalmente del legislador. Éste, atendiendo a criterios de oportunidad política, puede ciertamente graduar en el tiempo su intervención normadora, pero ello no extraña que, exigida constitucionalmente tal intervención, el legislador puede deferir indefinidamente su mediación. No vamos a entrar ahora a valorar la relevancia del elemento temporal o del plazo, algo de lo que nos ocuparemos con posterioridad. Sí diremos que en cuanto la inercia del legislador genere situaciones contrarias a las previsiones constitucionales o posibilite la pervivencia situaciones contradictorias con el marco constitucional, esa inercia estará impidiendo a plena vigencia constitucional y, por lo mismo, generando una acción constitucional que, por lógica, y a modo de principio general, debiera ser susceptible de algún tipo de control.

Carlos Báez Silva

Omisiones legislativas relativas en competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo

Un sector de la doctrina (entre ellos Bidart Campos, 2003) ha enfatizado sobre la distinción entre competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo. En términos amplios, se identifica a las primeras como aquellas que por naturaleza son imperativas y vinculantes, de tal suerte que el titular no puede negarse a su cumplimiento, ni demorarlo indiscriminadamente, so pena de violentar la norma de donde proviene dicha competencia; que para el caso que nos ocupa refiere a la propia Constitución. Mientras que las competencias de ejercicio potestativo (también llamadas facultativas, discrecionales o permisivas) son aquellas donde el constituyente otorga libertad al destinatario para su ejecución, quien deberá analizar la situación concreta, para determinar de acuerdo a las circunstancias, si ejercita o no dicha competencia y la oportunidad para hacerlo.

Entonces, los órganos del Estado detentan competencias potestativas cuyo cumplimiento es discrecional, de modo que su omisión no implica trasgresión a la norma fundamental, e igualmente cuenta con competencias de ejercicio obligatorio, que necesariamente deben ser atendidas o de lo contrario se actualiza una inconstitucionalidad por omisión, la cual podrá caer en el ámbito administrativo, legislativo o judicial. Como se verá, esta construcción doctrinal ha sido llevada al campo de las omisiones imputables al legislador.

En términos latos las omisiones legislativas hacen referencia a una ausencia de carácter normativo que puede ser atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el *derecho procesal constitucional* son las que provienen de un mandato de legislar, en concreto de una competencia de ejercicio obligatorio. En términos más dogmáticamente correctos se habla de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se define como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquélla* (véase *omisión legislativa*, consúltese Rangel, 2009).

Tradicionalmente las omisiones legislativas se han clasificado en absolutas o totales y relativas o parciales, según el grado de actividad desarrollada por el órgano en cuestión; en el primer caso no se desplegó ninguna actividad legislativa, es decir, hay un incumplimiento "total o absoluto" de la obligación de legislar, mientras que en el segundo, si se produjo una norma, pero hay un incumplimiento "relativo o parcial" toda vez que no se incluyó algún supuesto normativo, grupo, destinatario, derecho o prerrogativa que debió ser considerado en la misma, sin importar si ésta se refiere a derechos humanos, competencias, garantías institucionales u otro tipo de derechos (véase *omisiones legislativas relativas o parciales*).

La conjunción de los elementos antes señalados lleva a hablar de omisiones legislativas respecto de competencias de ejercicio obligatorio y otras de competencias de ejercicio potestativo; aproximación teórica y jurisprudencial que ha sido ampliamente desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), lo que justifica las referencias que se harán a casos mexicanos.

La distinción entre el tipo de competencias es importante toda vez que será indispensable para determinar si una omisión legislativa es o no violatoria de la Constitución, criterio que puede ser utilizado de manera genérica en diferentes países.

La doctrina mayoritaria sobre la materia ha preferido referirse al mandato de legislar, como elemento constitutivo de una inconstitucionalidad por omisión (legislativa) o de una omisión legislativa inconstitucional. Este mandato hace referencia a una norma constitucional que establece una obligación específica al legislador sobre el dictado de algún tipo de normas (incluidas las referidas a derechos humanos); sin embargo, en ciertos casos y de acuerdo a la configuración de algunas garantías constitucionales también puede extenderse a otras autoridades a las que su propio marco normativo les asigne competencias materialmente legislativas, como por ejemplo gobernadores, ayuntamientos, entre otras, como sucede en Costa Rica, en algunas provincias de Brasil, así como en las entidades federativas mexicanas de Tlaxcala, Coahuila, Nayarit y Yucatán.

El señalado mandato de legislar puede identificarse, para el caso que nos ocupa, con una competencia —de legislar— de ejercicio obligatorio. Entonces, no atender al mandato —no ejercer oportunamente una competencia de ejercicio obligatorio— traerá como consecuencia la calificación de incons-

titucionalidad de dicha conducta omisiva, lo que en la especie se traducirá en una omisión legislativa inconstitucional o dicho de otra manera en una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La SCJN ha sostenido sobre las de ejercicio potestativo que "la competencia, en sentido estricto, no implica una obligación: es simplemente la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales". Sobre las de carácter obligatorio ha señalado que "en este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias" (Órganos Legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes, Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1528).

Teniendo en cuenta lo anterior, la SCJN generó una clasificación de las omisiones en relación con el tipo de competencia de la que provienen: *a)* absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; *b)* relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; *c)* absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y *d)* relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527).

A partir de los criterios generales antes señalados, cuando se presenta ante la SCJN un caso relacionado a una omisión legislativa, se realiza el ejercicio de clasificación para determinar la procedencia de la acción intentada y en su caso declarar la violación a la Constitución.

Destacan los siguientes pronunciamientos judiciales sobre las omisiones legislativas: "Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1365).

"La falta de previsión de las sanciones que deban imponerse ante las faltas en materia electoral, es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio" (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2324).

"La falta de regulación del límite de sobrerrepresentación del partido dominante en el congreso del estado de Tamaulipas es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio" (Novena Época, Pleno, S.J.F. y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2325).

Laura Rangel Hernández

Omisiones legislativas relativas o parciales

Las omisiones legislativas en sentido lato hacen referencia a una ausencia de carácter normativo que puede ser atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el derecho procesal constitucional son aquellas que provienen de un mandato de legislar, en concreto de una competencia de ejercicio obligatorio.

En términos más dogmáticamente correctos se habla de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se define como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquélla* (véase *omisión legislativa* y Rangel, 2009).

La doctrina especializada ha retomado una clasificación de las omisiones del legislador que fue propuesta con características muy particulares por Wessel, en 1952, que hace alusión a la omisión absoluta y omisión relativa. Según su concepción la distinción subyace en que no se haya producido ningún tipo de actividad legislativa encaminada al desarrollo de algún precepto constitucional —en el caso de las absolutas—, o bien que se haya dejado de considerar a algunos grupos específicos en la norma expedida, misma que según su análisis necesariamente era referida a derechos humanos, lo que provocaba transgresión al principio de igualdad. Esta distinción es importante, pues en la concepción del autor no daba lugar a admitir la demanda constitucional, tratándose de las absolutas y en el caso de las relativas debía reconducirse a una inconstitucionalidad común, analizándose la falta de completitud de la norma expedida (Fernández, 1998). Esta propuesta teórica ha tenido gran impacto en desarrollos posteriores en un gran número de países.

Otro sector de la doctrina prefiere referirse a omisiones totales o parciales según el grado de actividad desplegado por el legislador; de manera que actualmente se pueden entender de manera homóloga las omisiones relativas o parciales y las absolutas o totales.

Si bien las omisiones relativas efectivamente pueden incurrir en violación al principio de igualdad, debe tenerse en cuenta que no es ésta la única posibilidad, puesto que también puede suscitarse por haber excluido algún supuesto normativo que debió considerarse en atención al contexto y mandato constitucional, o bien puede provenir de omisiones relacionadas con garantías institucionales, el ejercicio de competencias por parte de autoridades, entre otras posibilidades, es decir, no sólo se configura en disposiciones sobre derechos humanos.

En cuanto al control jurisdiccional de ambos tipos de omisiones en la vía constitucional, es de señalarse que existe un número considerable de alternativas, lo que guarda relación directa con la opción que respecto del sistema de control constitucional y sobre las garantías constitucionales haya adoptado cada país o entidad federativa; así como su propia postura en cuanto a la viabilidad y conveniencia del control de las omisiones legislativas, pues aun-

que se aprecia un aumento en la aceptación de su control, todavía se pueden encontrar criterios opuestos.

La experiencia procesal constitucional en diferentes países ha demostrado de manera reiterada, que no unánime, una tendencia por no admitir el control de las omisiones absolutas, no solo cuando se trate de afectación a derechos humanos (como proponía Wessel), sino también extendido a otras materias; aunque en ocasiones esto también depende del tipo y características de la garantía constitucional que se ocupe.

Así lo ha sostenido en algunos supuestos, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional español. En México, en algunos casos se ha admitido su control vía controversia constitucional, sin embargo, existe una clara determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de no analizar las omisiones absolutas en la acción abstracta de inconstitucionalidad, aduciendo la incompatibilidad del vicio con las características propias de la acción, principalmente debido a la ausencia de norma; como sucedió en la 7/2003, relativa a la falta de expedición de ciertas normas locales derivadas de una reforma a la Constitución estatal de Tabasco; e igualmente en la 79/2008 promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos por no haberse expedido la legislación en materia de justicia para adolescentes en Guerrero, a pesar de existir un mandato expreso en un artículo transitorio del decreto de reformas a la Constitución federal, el cual además señaló un plazo para ello (Rangel, 2013). Aun sin aceptarse el señalado criterio, se comprende que existen dificultades para su control; sin embargo, hay casos muy evidentes, sobre todo derivados de la práctica constitucional mexicana, en los que el mandato, además de expreso, es muy claro respecto del tipo de normas que deben expedirse e incluso el plazo en que debe hacerse, situaciones que deberían tomarse en cuenta para permitir su control constitucional y por tanto ofrecerse una solución.

Respecto del control de las omisiones parciales, en términos generales han tenido mayor aceptación en un buen número de países, a veces en vía abstracta según su propia identidad y en otras a través del análisis de la norma existente, reconociendo el vicio en aquellas partes, supuestos, o sujetos que no se contemplan en la norma, por lo que se le ha identificado con una deficiente regulación. Otros sistemas han demostrado experiencias exitosas en juicios como el amparo y sus homólogos, en donde se resuelve la afectación en el caso concreto, o se consigue lograr efectos más amplios a través de sentencias atípicas como las interpretativas, aditivas o exhortativas.

En México, después de un complicado inicio, se reconoce la procedencia de la vía para su análisis en acción de inconstitucionalidad, sólo respecto de omisiones relativas. (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXX, noviembre de 2009, p. 701). En controversia constitucional se han presentado un buen número de casos (tanto de omisiones absolutas como relativas) en los que se ha analizado el vicio e incluso se ha destacado la necesidad de expedir la legislación omitida. Sin embargo, el juicio de amparo resulta improcedente por criterios jurisdiccionales, ya que el efecto de conminar a la expedición de la norma omitida, y su eventual cumplimiento, no es congruente con la característica de efectos particulares de la sentencia (*e.g.* Novena Época, Ple-

no, SJF y su Gaceta, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 43); se estima que este criterio debe modificarse, para permitir su control, de manera que pueda atenderse a la violación de derechos humanos del quejoso, incluso recurriendo a la interpretación; además de que las reformas constitucionales de 2011, de derechos humanos y amparo, podrían favorecer nuevos desarrollos más alentadores.

Actualmente no hay una práctica generalizada de las ideas de Wessel, de controlar las omisiones parciales con base en el texto legal que se produjo, y reconducir el vicio a lo que podría denominarse como una inconstitucionalidad positiva o tradicional, puesto que hay países y entidades federativas o Estados federados que cuentan con una garantía constitucional específica para su control, de tal suerte que se estudia de manera directa. Sin embargo, existen algunos casos, inclusive en México pueden señalarse, por ejemplo, las acciones 22/2001, 23/2001, 24/2001 y 24/2004, y en la controversia 1/2007. También se ha dictado un criterio minoritario que podría dar lugar a la admisión de ciertas hipótesis aún en amparo, al señalarse que debe analizarse en este juicio constitucional la violación al principio de igualdad, cuando hay "un trato desigual por exclusión tácita" (Novena Época, 1a. Sala, SJF y su Gaceta, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 167).

Laura Rangel Hernández

Organismos constitucionales autónomos

Los estudios sobre los organismos constitucionales autónomos típicamente recurren en primer lugar a la definición de "órgano constitucional" de Manuel García-Pelayo. Este autor retoma los escritos de Santi Romano para ubicar la naturaleza del nuevo Tribunal Constitucional español dentro del orden jurídico de aquel país. Específicamente, García-Pelayo sostiene que este Tribunal cuenta con el mismo "status" que los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, rompiendo así con la fórmula tripartita de división de poderes heredada de Montesquieu.

De acuerdo con García-Pelayo, los órganos constitucionales autónomos reúnen cuatro características fundamentales. *1)* Están explícitamente "establecidos y configurados" por la Constitución, es decir, el texto de la Constitución debe especificar con detalle la composición del órgano, los métodos de designación de sus titulares, su sistema de competencias así como su estatus jurídico. *2)* Deben ser "constitutivos" en cuanto sus funciones serían necesarias para el buen funcionamiento del "modelo de Estado" establecido en la Constitución. Si la desaparición del órgano no causaría mayores obstáculos para el desarrollo normal del sistema constitucional, entonces estaríamos apenas ante un órgano de "relevancia" constitucional. *3)* Los órganos constitucionales deben participar directamente "en la dirección política del Estado". Ello implica que deben ser instancias que no se limiten a aplicar o a interpretar normas diseñadas por otras instituciones, sino que determinen por ellas mismas las políticas y lineamientos generales de actuación de las autoridades públicas. *4)* Deben existir "la paridad de rango y las relaciones de coordinación". El órgano no puede estar subordinado a ningún otro órgano o poder del Estado

ni puede ser aislado, sino que debe mantener una coordinación e interacción constante.

Este fundacional análisis de García-Pelayo no debe ser aplicado irreflexivamente al análisis de los organismos autónomos contemporáneos de América Latina como los *ombudsmen*, los institutos electorales, los bancos centrales o los organismos de combate a la corrupción que tienen una naturaleza distinta a la de un Tribunal Constitucional. Tal y como lo ha afirmaba Jorge Carpizo, "algunas características de ambos órganos ciertamente coinciden, pero el órgano constitucional al que se refiere García-Pelayo es completamente diverso de un órgano constitucional autónomo".

Dado lo problemático que resulta la aplicación estricta de las categorías de García-Pelayo a la realidad latinoamericana actual con su diversidad de diferentes órganos autónomos, los tratadistas generalmente han preferido lo que podría llamarse un enfoque "negativo" o "minimalista" con respecto al tema. Por ejemplo, José Luis Caballero, Jaime Cárdenas e Ileana Moreno todos definen a los organismos autónomos simplemente como "entes jurídicos" que no dependen orgánicamente de los Poderes Ejecutivo, Judicial o Legislativo. De acuerdo con estos autores, no hace falta cumplir con una serie de características estrictas para llegar a ser un organismo constitucional autónomo, sino que es suficiente simplemente contar con un respaldo constitucional explícito y no formar parte de los otros órganos del Estado.

Desde la década de los ochenta el mundo ha experimentado una ola internacional de creación de cientos de nuevos organismos autónomos. Esta revolución global en el diseño del Estado moderno sin duda pone en cuestión las teorías clásicas de división tripartita de poderes. México sobresale como un caso ejemplar en esta tendencia mundial. La reforma del Estado en México se ha ejercido en gran medida por medio de la creación de nuevos organismos autónomos y "cuasi-autónomos". Durante los últimos años se le ha otorgado autonomía constitucional al Instituto Federal Electoral (IFE), a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), al Banco de México (BM) y al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Asimismo, se han creado organismos cuasi-autónomos como el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI)y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), aumentándose, por otra parte, la autonomía de la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

Sin embargo, con la excepción de Venezuela y Ecuador, y en menor medida Bolivia y Colombia, las Constituciones de América Latina todavía no reflejan de manera integral el surgimiento de este nuevo poder del Estado. Por ejemplo, en México, de acuerdo con una lectura estricta del primer párrafo del art. 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los organismos constitucionales autónomos no tendrían cabida alguna dentro del orden jurídico mexicano: "El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial". Al no formar parte de los poderes tradicionales del Estado, estos organismos no comparten el "supremo poder de la Federación" y por lo tanto no podrían ejercer autoridad pública alguna.

Para atender esta situación, en 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desarrolló una jurisprudencia que finalmente aclaró el rol de estos organismos dentro del orden jurídico mexicano. Este criterio implica un avance importante en la teoría constitucional mexicano ya que realza el papel fundamental que juegan los organismos constitucionales autónomos en la gestión de la autoridad pública.

John Mill Ackerman Rose

Órganos del Estado

La definición de "Estado" es sumamente problemática. Como individuos, percibimos a diario actos que identificamos como provenientes del "Estado", como multas, reglamentos, leyes, sanciones de diversa índole, beneficios materiales como construcción de obras, servicios públicos, servicios de salud y educativos, pero no podemos ver una personificación, una entidad material que sea "el Estado". Esta circunstancia ha llevado a una diversidad de autores a desarrollar distintas definiciones, algunos tratando de darle un carácter corporal o material, otros despojándolo de ese tipo de materialidad y asignándole más bien un carácter o una realidad ideal.

Las teorías realistas pretenden definir al Estado tomando como base algún elemento empíricamente observable. Sin embargo, las teorías formalistas (entre ellas de manera destacada la de Hans Kelsen), sostienen que el Estado no es una acción ni suma de acciones; ni tampoco es un ser humano o un conjunto de seres humanos (todo esto, en alusión a las teorías realistas). Para Kelsen, como bien se sabe, el Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico. El Estado es el orden jurídico. Estado = derecho.

El Estado no es, entonces, un cuerpo visible o tangible. Pero ¿cómo se manifiesta en la vida social? Kelsen nos dice que ciertos actos de seres humanos individuales son considerados como acciones del Estado. ¿En qué condiciones atribuimos al Estado una acción humana? No todo individuo es capaz de realizar actos que tengan carácter de actos del Estado, y no toda acción de una persona capaz de realizar actos estatales tienen tal carácter. ¿Cómo distinguir las acciones humanas que son actos del Estado de aquellas otras que no lo son? El concepto clave para responder a esta pregunta, según Kelsen, es el concepto de "imputación". El juicio por el cual referimos al Estado, como persona invisible, una acción, constituye la imputación, al propio Estado, de un acto humano. El problema del Estado es un problema de imputación. El Estado es un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado son los llamados "órganos" del Estado.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio en que tal imputación se basa? Imputamos al Estado una acción humana cuando corresponde en una forma específica a un orden jurídico supuesto de antemano. La imputación de una acción humana al Estado sólo es posible en su vinculación con el orden jurídico. Se dice que un delincuente es castigado por el Estado, cuando el castigo es establecido por el orden jurídico. El Estado impone una multa a un contribuyente moroso, en cuanto la multa es señalada por el ordenamiento jurídico. El Estado

crea nuevas normas jurídicas a través de la acción de ciertos órganos facultados para tal efecto por el propio orden jurídico.

El Estado es el orden jurídico, pero se ha personificado. Esta personificación ha derivado del hecho de que para reconocer un acto como "acto de Estado" se tiene que realizar la operación que llamamos "imputación". Un acto se imputa a un órgano del Estado, y al hacerlo se imputa también al Estado mismo como si fuera una persona, pero esa persona, como ya explicó Kelsen, no existe materialmente, porque el Estado es el orden jurídico.

Ahora bien, la teoría de Kelsen es útil porque da un criterio formal para identificar cuándo estamos ante un órgano del Estado. Ello no obstante, se queda corta en el sentido de que toma en cuenta nada más la realidad normativa del Estado (el derecho), y no toma en cuenta la su realidad fáctica: la eficacia y los instrumentos de la eficacia (coacción y legitimidad). Esto es precisamente lo que hace Reinhold Zippelius, cuando nos dice que la comunidad estatal se distingue de otros tipos de comunidades (familia, escuela, asociación civil, sociedad anónima, club, etcétera) por dos factores: *a)* tiene un poder último de regulación (supremacía de competencias) y *b)* otorga a ciertos individuos la facultad de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y forzar la conducta prescrita con los medios del poder, en caso extremo, con el empleo de la fuerza física. Estos individuos son los que conforman los órganos del Estado.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Pero el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de leyes. Por ejemplo, en relación con los órganos del Poder Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también los Poderes Legislativo y Judicial) requiere para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, como indica Fraga, las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas (y también las legislativas y judiciales), han de tomar como base los principios constitucionales respectivos (Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 94-96).

José Ma. Serna de la Garza

Overruling

En el ámbito de la teoría del precedente vinculante, el *overruling* indica la abrogación de una regla enunciada en un juicio anterior y la sustitución con una nueva regla. Realizando una simplificación se puede diferenciar el *distinguishing* del *overruling.* A través del primero, el juez de *Common Law* se aleja de un precedente sin sustituirlo; mientras que en segundo caso "elimina" del sistema

de las fuentes la regla previamente elaborada por un tribunal inferior. Por lo que respecta las cortes superiores, generalmente pueden *overrule* los propios precedentes. Empero, debe recordarse que la *House of Lords* británica, al contrario de la Suprema Corte estadounidense, no es jurídicamente vinculante por los propios precedentes sino a partir de 1966. El *overruling* no debe confundirse con el *reversal of judgment*, el cual hace referencia a la anulación, en apelación, de una sentencia impugnada.

Sara Pennicino
(traducción de Mario Cruz Martínez)



P



Parámetro de constitucionalidad

Como en el léxico común, el lema "parámetro" indica un término de referencia, de confrontación, utilizado por los tribunales constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio.

Cabe destacar que el contenido del parámetro (o, dicho de otra forma, bloque de constitucionalidad) no varía sólo de un ordenamiento a otro, sino también en el interior de un mismo ordenamiento, bien puede cambiar en función del tipo de juicio pendiente ante el tribunal constitucional.

Afirmar que el parámetro está constituido por la Constitución parece evidente y, al mismo tiempo, incompleto; el parámetro es más amplio.

En primer lugar, hay que observar la extensión textual de las Constituciones. Éstas, a veces, no incluyen directamente en el texto algunas materias constitucionales (ejemplo histórico: el *Bill of Rights* fue incorporado en la Constitución de los Estados Unidos de América algunos años después de su aprobación), por lo cual es necesario realizar una ampliación del parámetro con el fin de ejercitar un pleno control de constitucionalidad de las normas. El *Conseil constitutionnel* francés, por medio de la décision núm. 71–44 DC de 16 julio 1971 ha reconocido valor jurídico pleno al preámbulo de la Constitución de 1958 (que hace referencia a la declaración de los derechos de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a los principios fundamentales de las leyes de la República), y lo ha incorporado en el *bloc de constitutionnalité*. Eso ha abierto las puertas al control de las normas respecto de los derechos y de las libertades enunciadas, precisamente, en la parte que precede al texto constitucional, transformado el Conseil en un verdadero "tribunal de los derechos". También en Bélgica, la extensión del parámetro al título II de la Constitución ("Los belgas y sus derechos") permitió delinear el rol de la (antigua) *Cour d'Arbitrage* (inicialmente, un juez de los conflictos de competencia entre el Estado, las regiones y las comunidades lingüísticas) que se convirtió en una moderna *Cour constitutionnelle*.

En segundo lugar, el parámetro puede incluir otras fuentes —no constitucionales— internas al ordenamiento nacional. Es el caso de las llamadas normas interpuestas, es decir disposiciones sin rango constitucional, previstas en las Constituciones, cuya violación configura una violación indirecta de la carta. Son tales, por ejemplo, las *ordonnances organiques* francesas, que implementan la Constitución de 1958 (y no pueden ser modificadas "*dans le même ésprit*" y forman parte del núcleo duro - décision núm. 60-6 DC du 15 janvier 1960); las leyes orgánicas de aprobación de los estatutos de las Comunidades autónomas españolas; las leyes de delegación italianas y españolas; a veces los reglamentos parlamentarios (aunque los tribunales constitucionales son poco propensos a utilizarlas como parámetro porque privilegian el principio de autonomía de las cámaras); otras fuentes previstas por los singulares ordenamientos constitucionales (ejemplo, las leyes básicas, generales o marco estatales usadas como parámetro respecto a las leyes de los entes territoriales, como en España y Portugal); algunos principios derivados de la jurisprudencia constitucional y, a veces, las convenciones (las cortes supremas de Canadá e Israel las han empleado como parámetro de ciertas normas primarias y, en general, las han usado en la interpretación).

En tercer lugar, se debe evidenciar la propensión a medir fuentes externas al ordenamiento nacional como los tratados, las convenciones internacionales y, sobre todo, las declaraciones de tutela de los derechos, típica de los países que en los últimos decenios han reformado o adoptado una nueva Constitución. Los precursores en este sentido son los ordenamientos español (art. 10.2 de la Constitución) y portugués (art. 16.6 de la Constitución), por los cuales tales fuentes no son elevadas como normas parámetro, sino constituyen por lo regular un vínculo interpretativo de las normas dedicadas a los derechos. Los tribunales constitucionales de ambos países han potenciado así la tutela de los derechos fundamentales; sin embargo, esto no significa abrir las puertas a nuevos derechos, sino usar los tratados internacionales "para configurar el sentido y alcance de los derechos que (…) recoge la Constitución" (TC español 38/1981). Ambas experiencias han influenciado diversos ordenamientos latinoamericanos y de Europa del Este, algunos de los cuales han abierto el parámetro, entre muchos otros, a estas fuentes internacionales (incorporan expresamente las fuentes internacionales en el bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en América latina: Colombia y Venezuela, en Europa del Este: Eslovenia y Eslovaquia).

La circunstancia de que hoy la actividad de las cortes se basa especialmente en la jurisdicción de las libertades se da incluso por la ampliación o dilatación del parámetro: si ello se debilita, el rol de las cortes se relega principalmente a la actividad de regulación y vigilancia del reparto de competencias. Por el contrario, la ampliación del parámetro, en relación a la función de tutela de los derechos, permite a las cortes expandir su propia actividad ocasionando, en algunas ocasiones, la modificación del papel del órgano y de la relación con los otros órganos constitucionales.

Este elemento puede afectar también las clasificaciones de los sistemas de justicia constitucional (véase justicia constitucional-clasificaciones); si ponemos en el centro del razonamiento la tutela de los derechos, se nota que —prescindiendo de los elementos basados en el carácter del control (abstracto/concreto; preventivo/sucesivo; concentrado/difuso) hoy todavía enfatizados por la doctrina en el estudio de los modelos de justicia constitucional— la amplitud del parámetro parece ser el elemento tendencialmente unificador de la justicia constitucional, entendida cada vez más como jurisdicción de las libertades. El parámetro parece abrir paso a una clasificación distinta de los ordenamientos en dos grandes bloques: los que usan como parámetro la sola Constitución y los que innovan extendiéndolo a otras fuentes, en particular los tratados internacionales en tema de derechos, siendo un "meta-criterio" de clasificación (pues no sustituye a los demás, sino los usa para poder afirmar, y luego opera autónomamente como elemento unificador de la justicia constitucional actual).

La tendencia a dilatar el parámetro no concierne sólo a la justicia constitucional, sino involucra también a las jurisdicciones estatales y extra-estatales.

Cada vez más a los jueces se les pide realizar el control de convencionalidad de las normas a aplicar respecto a cartas de derechos universales o "regionales". Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de los países que han adherido o de la Convención Europea para

la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, que a veces ha quebrado equilibrios históricos entre poderes de antiguas democracias (la *incorporation* con lo *Human Rights Act 1998* impone a los jueces del Reino Unido conciliar los actos normativos internos de rango primario con sus disposiciones e interpretar la ley estatal con sus normas, teniendo en cuenta el "judgement, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights".

En Europa, la inclusión de la Carta de Niza en el Tratado de Lisboa ha llevado al tribunal de justicia a extender su parámetro de juicio (aunque en las primeras sentencias, la mención de la carta no se ha hecho como argumentación, haciendo superfluo este nuevo parámetro).

Giorgia Pavani

Partidos políticos

La doctrina electoral conceptúa a los partidos políticos como organizaciones estables que solicitan el apoyo social a su ideología y programas políticos, para competir por el poder y participar en la orientación política del Estado.

Los partidos políticos, según palabras de Jesús Alfredo, Dosamantes Terán en el *Diccionario de derecho electoral*, "son entidades de interés público, la ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales y municipales".

Para Elisur Artega Nava y Laura Trigeros Gaisman en el *Diccionario jurídico, temático de derecho constitucional*, Los partidos políticos "son solo un medio para hacer efectivo al principio democrático, no son la única va para ello, ni pueden sustituir la intervención directa de la ciudadanía en el ejercicio de sus derecho políticos".

Algunas de las características de los partidos políticos es el estar constituidos por una parte plural de la población, grupo de hombres y mujeres, que son ciudadanos en el pleno ejercicio de sus derechos cívicos y que legalmente se organizan en forma permanente, en términos generales, un partido no debe ser la obra y el pensamiento de un solo hombre, dentro de estos encontramos a los dirigentes y los dirigidos.

Siendo que la mayor parte de los países cuenta con leyes electorales todo partido político debe constituirse bajo la legislación correspondiente, por lo anterior, son instituciones políticas permanentes que a través de su desenvolvimiento histórico representan una garantía de seriedad y responsabilidad del pensamiento político de un pueblo.

Así mismo, todo partido debe contar con ideologías y programas políticos comunes para así completar los fines que representan, es decir, debe ejecutar una plataforma política integrada por sus principios originales, debiendo comprender un programa nacional que resulte del estudios de los grandes problemas o necesidades de un país y de la forma y medios para solventarlos.

"En México, las ideologías políticas están muy presentes y es por ello que toda organización política que aspire a obtener registro como partido político

nacional debe precisar sus principios ideológicos de carácter político, económico y social, esto, definido por nuestro Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales".

Es importante mencionar que existe una diversidad de partidos ya que cada uno de estos agrupa a porciones del total de un cuerpo electoral, esto debido a que los partidos buscan una colaboración suficiente de los electores que les permita asumir el poder.

Si bien es cierto, el partido político tiene por objeto asumir el poder, ello no condiciona su existencia, aunque sin la obtención de este no podría desarrollar sus fines, por lo tanto implica la voluntad manifiesta y efectiva de ejercerlo directamente y su función va de acuerdo a los sistemas políticos en que se encuentran insertos además del entorno político, social y económico en su ámbito de actuación, surgiendo como principales la transmisión de demandas, la organización de las elecciones y el nombramiento de personal político, una vez obtenido el poder, esto es en caso de triunfar este impone un equipo de hombres encargados de realizar los propósitos del mismo, permitiendo a los países democráticos la renovación del equipo gubernamental anterior.

Al respecto, conviene tener presente que el artículo 41, párrafo segundo, base I, de la Constitución establece el derecho de los partidos políticos nacionales a participar en las elecciones estatales, municipales y del Distrito Federal, y dispone asimismo, que la ley determinará las normas y requisitos para el registro legal de los partidos políticos y las formas específicas de su intervención en el proceso electoral.

Conforme con este precepto, los partidos políticos nacionales se encuentran sujetos tanto a normas de carácter federal, como a normas de índole local, según los comicios en que participen, pues de acuerdo con la distribución de competencias prevista en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la Constitución, las elecciones de los poderes de los estados se rigen por las normas emitidas por la legislatura local respectiva, en tanto que en la renovación de los poderes federales se aplican las disposiciones emanadas del Congreso de la Unión.

En tal virtud, los partidos políticos están vinculados a la Constitución federal y, en general, al sistema jurídico nacional, por lo que están obligados a regir sus actividades por el principio de juridicidad y los principios del Estado democrático, no sólo por mandato legal sino también por razones de congruencia con el régimen político en el que son actores fundamentales, de conformidad con su encuadre constitucional.

En armonía con lo señalado, en el párrafo cuarto del artículo 22 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se dispone que los partidos políticos nacionales están sujetos a las obligaciones establecidas en la Constitución federal y en el propio código.

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 24 del citado ordenamiento electoral para que una organización pueda ser registrada como partido político nacional, necesitan formular una declaración de principios y en congruencia con ellos, formular su programa de acción, así como los estatutos que normen sus actividades; deberán contar con 3,000 afiliados en por

lo menos 20 Entidades Federativas, o tener 300 afiliados en por lo menos 200 distritos electorales uninominales; no pudiendo, por ningún motivo, tener menos del 0.26% de afiliados del total del padrón electoral federal que haya sido utilizado en la elección federal ordinaria inmediata anterior a la presentación de la solicitud de que se trate.

Para constituir un partido político nacional, la organización interesada, notificará ese propósito al Instituto Federal Electoral en el mes de enero del año siguiente al de la elección presidencial; para demostrar que cumple con los requisitos señalados en el párrafo anterior.

Partidos políticos como entidades de poder público. Un ejemplo de entidades de interés público son los partidos políticos, mismos que tienen como fin primordial, promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación federal, estatal y municipal y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Tienen personalidad jurídica, gozan de los derechos y de las prerrogativas que establecen la Constitución general de la República, las Constituciones políticas de los estados y demás normatividad electoral.

El sistema de partidos y la afirmación de la pluralidad política tienen su impulso definitivo con la reforma electoral de 1977. Es a partir de entonces que los partidos son reconocidos en la Constitución como entidades de interés público.

Nuestro país recorría el trayecto hacia una democracia plural y competitiva, a través de grandes transformaciones en el sistema electoral; fundamentalmente, en torno a las normas para la organización de las votaciones, las características de la institución encargada de ello, el sistema para la calificación de los comicios y la regulación de los partidos como entidades de interés público, con una vida institucional fortalecida a través de las disposiciones legales.

A raíz de la reforma de 1977 se les otorga a los partidos políticos el carácter de entidades de interés público y se rechaza la concepción anterior de que era meras asociaciones privadas. Se les otorga este carácter ya que los partidos promueven o tienen como finalidad la participación del pueblo en la democracia. Existe otra entidad de interés público que son las comunidades indígenas como lo indica la constitución

Su objeto al ser entidades de interés público es preservar las prerrogativas de la ciudadanía, sus acciones no son puramente individuales, ya que tienen características de acciones de interés público o colectivo, denominadas también como acciones de clase o grupo.

Los partidos políticos son a través de los cuales se establecen vínculos entre la sociedad y el Estado. Ayuda a la formación de los gobiernos asegurando la personificación de la sociedad.

Los partidos políticos son entidades de interés público porque cumplen un papel en la ingeniería política del poder del Estado mediante la organización de la ciudadanía con una cierta independencia y autodeterminación y desde un régimen jurídico establecido ex profeso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido cinco tesis jurisprudenciales y una aislada pronunciada por la segunda sala con respecto al tema de entidades de interés público, todas ellas pronunciadas en la actual novena época y la mayor parte de su contenido con respecto al tema de los partidos políticos.

En ninguna de las tesis se define el concepto de entidades de interés público, solamente en la tesis P.J. 40/2004 (Consultable en el disco óptico *IUS, Jurisprudencias y tesis aisladas Junio 1917-diciembre 2012*) se señala que los partidos políticos son entidades de interés público y deben cumplir con los fines que establece el artículo 41 constitucional como son: 1) que sean el medio para promover la participación del pueblo en la vida democrática; 2) que contribuyan a la integración de la representación nacional y 3) que hagan posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público. Asimismo en la tesis P./J. 146/2005 define la obligación de los partidos políticos como entidades de interés público referida al aspecto de la transparencia en lo relativo a la obtención, manejo y destino de los recursos públicos y privados que reciben para el desarrollo de sus actividades ordinarias y de campaña.

La misma tesis se aplica para interpretar un caso específico regulado en la Ley Electoral de Quintana Roo al señalar que el artículo 32, fracción II, de la citada ley, prevé como requisito para aspirar a ocupar un cargo de elección popular en la entidad el ser electo o designado candidato por un partido político o coalición, aunque la Constitución Local no lo establezca, no transgrede lo previsto en la fracción I del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cinco tesis se alude a lo previsto en los artículos 41 fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 22 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales al señalar que los partidos políticos nacionales son entidades de interés público, constituidos por ciudadanos, con derecho a participar en los procesos electorales federales, estatales y municipales, cuya finalidad es promover la participación ciudadana en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanos, favorecer el acceso de quienes postulan como candidatos al ejercicio del poder público.

En la tesis P./J. 29/2004, se analiza el tema del derecho que gozan los partidos políticos en relación con el financiamiento público de los partidos al considerar que el hecho de que el artículo 30, párrafo primero, del Código Electoral del Distrito Federal, establezca que los partidos políticos que por sí mismos hubieren obtenido por lo menos el 2% de la votación total emitida en la elección de diputados a la Asamblea Legislativa por el principio de representación proporcional, tendrán derecho al financiamiento público de sus actividades, no viola el principio de equidad, pues, por una parte, se da un trato igual a todos aquellos partidos políticos que se encuentren en la misma situación, ya que los que no alcancen la votación mínima requerida no tendrán derecho al financiamiento público y, por otra, aun cuando los partidos políticos conserven su registro nacional, lo cierto es que si no tienen a nivel local (Distrito Federal) representatividad, al no haber alcanzado el porcentaje

mínimo, es evidente que no están en situación igual a aquellos que sí obtuvieron ese porcentaje.

En la tesis aislada 2a. XXII/98 podemos observar ciertas características que nos pudieran llevar a definir que son las entidades de interés público al establecer que éstas no forman parte de las asociaciones privadas, ni constituyen órganos del Estado, y tampoco quedan comprendidas en los supuestos de excepción a que se refiere la fracción XXXI del apartado "A" del artículo 123 de la ley fundamental.

En otro orden, debemos destacar que desde la última década, ante un panorama de profunda desconfianza en los partidos, dirigentes e instituciones políticas en general, se comenzó a ponderar la necesidad de realizar modificaciones legales en la estructura institucional del país en el ámbito constitucional, en particular en lo relativo al funcionamiento partidario y electoral.

Es por eso, que surgió la necesidad de que los partidos políticos se democratizaran en su interior, siendo su finalidad primordial comprender todo el conjunto de disposiciones normativas y medidas políticas tendientes a garantizar que tanto la formación y manifestación de la voluntad partidaria, como los dirigentes internos seleccionados y los candidatos designados para ocupar puestos de poder, sean acordes y correspondientes con la voluntad mayoritaria de los miembros del partido.

De lo anterior, podemos señalar que la democracia interna de un partido se desenvuelve principalmente a través de tres esferas principales: la primera tiene que ver con la realización de ciertas funciones sociales que permiten conectar al partido con las aspiraciones de una porción de la ciudadanía; la segunda se vincula a la capacidad del partido para darse su propia organización; y el último se relaciona con la capacidad del partido para generar un candidato acorde con las expectativas de quienes se adhieren a él.

En este aspecto, podemos destacar que ha sido criterio reiterado (Tesis VIII/2005) por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que, para el cumplimiento de las finalidades de los partidos políticos, éstos tienen una amplia libertad o capacidad autoorganizativa y autoregulatoria, siempre que sus actos y normas se ajusten al orden jurídico nacional y se respeten los derechos fundamentales de sus afiliados.

Por tanto, se considera que los documentos básicos de los partidos políticos prevén disposiciones normativas mínimas o fundamentales, sin que en dichos preceptos se establezca un entero y acabado desarrollo de los aspectos declarativos, ideológicos, programáticos, orgánicos, procedimentales y sustantivos, por lo que, como parte de su facultad autoorganizativa y autoregulatoria, es dable que los partidos políticos se den sus propias normas reglamentarias e instrumentales para el debido cumplimiento de sus fines.

Juan Manuel Arreola Zavala

Per saltum

La definitividad de los actos o resoluciones debe entenderse en el sentido de que si existen otras instancias para conocer y resolver las impugnaciones o

controversias promovidas por los ciudadanos, deberán de promoverse y agotarse en primer lugar antes de acudir a la interposición del juicio de amparo o los medios de impugnación en materia electoral previstos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Esto es, dicha regla se aplica toda vez que tanto el juicio de amparo como los medios de impugnación en materia electoral, por su propia naturaleza, se deben conocer en una jurisdicción especializada o extraordinaria cuando ya no exista otra vía para resolver la controversia que pudiera ocasionar una modificación o revocación del acto o resolución reclamada.

Para que resulten procedentes los medios de impugnación extraordinarios previstos tanto en la ley de amparo como en la ley general correspondiente, es necesario que el acto o resolución reclamada, sea definitivo y firme.

Tales características se traducen en la necesidad que el acto o resolución que se combate no sea susceptible de modificación o revocación alguna, o bien, que requiera de la intervención posterior de algún órgano diverso para que adquiera esas calidades, a través de cualquier procedimiento o instancia, que se encuentre previsto, en el caso concreto, en la normativa local.

En ese sentido, la procedencia y tramitación de dichos juicios y medios de impugnación está regida por reglas especiales y por principios fundamentales que los estructuran como el medio jurisdiccional idóneo para lograr la actuación de las prevenciones constitucionales, a través de una contienda equilibrada entre el gobernante y el gobernado.

Dentro de estas reglas fundamentales que estructuran al juicio de amparo y a los medios de impugnación en materia electoral, se encuentra el principio de definitividad que establece que dichos juicios o medios son procedentes en contra de actos definitivos, es decir, actos respecto de los cuales no exista ningún recurso ordinario o medio de impugnación por el cual puedan ser modificados o revocados; en consecuencia, la definitividad del acto como presupuesto de procedencia, implica que antes de acudir a dichos juicios o medios de impugnación en materia electoral, se deberán agotar los recursos que prevea la ley ordinaria y que sean idóneos para modificar o anular el acto de que se trate.

Por tanto, el principio de definitividad se cumple cuando se agotan previamente a la promoción de éste, las instancias que reúnan las dos características siguientes: a) que sean las idóneas, conforme a las leyes locales respectivas, para impugnar el acto o resolución electoral de que se trate; y, b) que conforme a los propios ordenamientos sean aptas para modificar, revocar o anular a éstos.

En esa línea argumentativa, la exigencia de agotar las instancias previas tiene como presupuesto que éstas sean idóneas, aptas, suficientes y eficaces para alcanzar las pretensiones de los justiciables en el pleno uso y goce del derecho presuntamente violado, pues sólo de esta manera se da cumplimiento a la máxima constitucional de justicia pronta, completa y expedita, además de otorgar racionalidad a la cadena impugnativa, en tanto que, para estar en aptitud de acudir a un órgano de jurisdicción excepcional y extraordinaria, los quejosos o justiciables debieron acudir previamente a medios de defensa e impugnación viables.

Ahora bien, si bien por regla general los medios ordinarios se deben agotar antes de interponer el juicio de amparo o en su caso, los medios de impugnación en materia electoral, para cumplir con el principio de definitividad, también lo es que existe una excepción a dicha regla que se actualiza cuando el agotamiento previo de los medios o recursos ordinarios se traduzca en una amenaza seria para los derechos sustanciales que son objeto del litigio, porque los trámites que existen y el tiempo necesario para llevarlos a cabo puedan implicar la merma considerable o hasta la extinción del contenido de las pretensiones o de sus efectos o consecuencias, entonces debe tenerse por cumplido el requisito de definitividad. A esta situación excepcional de agotar los recursos o medios ordinarios se le denomina *per saltum*, o salto de la instancia previa para interponer el juicio de amparo o medio de impugnación electoral correspondiente.

David Cienfuegos Salgado (*Justiciabilidad Electoral en México. Reflexiones, Retrospectivas y Retos*, 2013) señala que "el *per saltum* en el derecho procesal electoral federal mexicano consiste en la petición que el sujeto legitimado para promover alguno de los juicios constitucionales en la materia le hace al órgano jurisdiccional terminal para que éste, saltando las instancias correspondientes y ordinarias, conozca y resuelva un litigio cuyo conocimiento y resolución corresponde a un órgano jurisdiccional que, en situaciones ordinarias, debe dictar una resolución impugnable ante el referido órgano terminal".

Asimismo, Lorenzo Barone (*Recurso Extraordinario Federal*, 2009) estima que dicha figura "es un instituto de naturaleza procesal mediante el cual, en casos de extrema excepcionalidad, fundados en razones de gravedad institucional seria, interviene la Corte Suprema de Justicia en una causa judicial por salto de las instancias judiciales intermedias, a fin de que resuelva la controversia".

Es decir, el *per saltum* consiste en la solicitud que realiza el actor o quejoso en un juicio a un órgano jurisdiccional terminal de control constitucional y de legalidad, tratándose de la revisión de sentencias o resoluciones que ponen fin al procedimiento, derivadas de un proceso jurisdiccional que pudiese atentar contra los derechos de las personas, a fin de que conozca y resuelva de la controversia sin necesidad de agotar las instancias previas ordinarias intermedias, por actualizarse un caso de excepción al principio de definitividad.

Por tanto, para que proceda el *per saltum* resulta necesario acudir a la situación extraordinaria o sui generis que se genere por razones de premura, indefensión o de probable irreparabilidad del acto reclamado, a fin de que conozca y resuelva la controversia el órgano jurisdiccional terminal, que será el que determine si en el caso concreto se actualiza dicho instrumento procesal instaurado a fin de no agotar el principio de definitividad de las instancias previas.

Por último, caber mencionar que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido criterio al respecto en la jurisprudencia 9/2001, que lleva por título: "Definitividad y firmeza. Si el agotamiento de los medios impugnativos ordinarios implican la merma o extinción de la pretensión del actor, debe tenerse por cumplido el requisito".

Juan Manuel Arreola Zavala

Perfil del juez constitucional

El *perfil* se puede definir como el conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo, en este sentido, cuando se habla del perfil del juez constitucional se hace referencia al conjunto de rasgos que deben tener aquellos juristas que son los guardianes de la Constitución.

En la conformación del perfil del juzgador se deben tomar en cuenta dos tipos de rasgos. En primer lugar se encuentran los de carácter subjetivo que atienden al juez como persona, y que son necesarios para desempeñar adecuadamente el cargo, vinculados con su vocación, aptitud, valores y visión; por otro lado se encuentran aquellos de carácter objetivo, relacionados con los conocimientos y experiencia con que deben contar los juzgadores para dictar sus sentencias.

Rasgos subjetivos:

— *Vocación de servicio*. La labor de juzgar requiere de una vocación específica, pues un juez comprometido con el derecho y la justicia debe dedicar todo su tiempo y esfuerzo al estudio de los casos sometidos a su consideración, de las normas y la jurisprudencia.

Esta dedicación se ve recompensada con el dictado de cada sentencia, pues a través de las mismas se materializan las horas de trabajo y reflexión, en beneficio de los justiciables y de la sociedad en general.

— *Aptitud psicológica*. Es importante que aquellas personas que se desempeñan como juzgadores se encuentren en un estado psicológico óptimo, pues ello es la base para que puedan emitir sus juicios con objetividad, además de esta manera se excluyen preconcepciones alejadas de las normas, tanto en el dictado de las sentencias como en el trato con las partes y los subordinados.

— *Valores de la ética judicial.* Un buen juez no sólo es aquel que dicta sus resoluciones con apego a la normatividad, fundando y motivando en todo momento sus determinaciones, sino que también es aquel que cuenta con diversas virtudes que le permiten mejorar su desempeño día a día, alejado de influencias ajenas al derecho.

Los jueces deben ser un ejemplo no sólo al interior del órgano jurisdiccional del que son titulares, sino que deben ser un ejemplo de vida, comprometidos con los valores y la verdad, alejados de los vicios que puedan afectar o comprometer su desempeño.

En México los juzgadores del Poder Judicial de la Federación deben guiar su actuar bajo los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales se encuentran previstos en la Constitución.

— *Hombres y Mujeres de Estado*. Los jueces constitucionales definen el rumbo del sistema jurídico al interpretar la Constitución y, en su caso, al expulsar del sistema jurídico las normas que se opongan al texto fundamental, lo cual incluso puede tener repercusión en la agenda y en las políticas públicas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En este tenor, se requiere que los jueces constitucionales tengan una visión amplia que les permita advertir de forma íntegra, las posibles consecuencias que pueden tener sus resoluciones y la forma cómo incidirían en el Estado.

— *Determinación en el dictado de las sentencias*. Con relación al punto que precede, los jueces constitucionales son sabedores que sus resoluciones pueden impactar de forma importante el destino del Estado, lo anterior conlleva a la responsabilidad de que tomen sus decisiones con total firmeza, independientemente si resultan o no populares a la vista de las personas.

Rasgos objetivos:

— *Conocimiento constitucional especializado.* Los jueces constitucionales como guardianes de la Constitución deben contar con los conocimientos especializados para llevar a cabo esta labor, en este sentido deben ser expertos, entre otras cuestiones, en derecho constitucional, derechos humanos, derecho procesal constitucional, teoría de la constitución, argumentación jurídica, interpretación jurídica e interpretación constitucional.

— *Conocimiento de otras materias.* Para que los jueces constitucionales lleven a cabo su labor, no sólo se requiere que sean expertos sobre las materias antes mencionadas, sino también sobre las materias bajo las que se rige la norma impugnada o bajo las que se encuentran regulados tanto el acto como la resolución que se considera inconstitucional.

Lo anterior es así, pues para determinar si una norma se apega o no al texto constitucional se requiere saber cómo funciona el sistema, y la forma cómo interactúa la disposición, el acto o la resolución dentro del mismo.

— *Conocimiento de derecho internacional.* Cuando los Estados se encuentran dentro de un proceso de integración regional, se elaboran documentos fundacionales, en este sentido los jueces constitucionales no pueden ser ajenos a los mismos, y para resolver los asuntos sometidos a su consideración deben tomar en cuenta dichos documentos, tomando como base el sistema de recepción de los mismos.

De esta forma los jueces también deben tomar en consideración la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales, que sean vinculantes y tengan repercusión en los asuntos sometidos a su jurisdicción.

— *Conocimiento del derecho internacional de derechos humanos.* Existen sistemas jurídicos, como el de México, en el que los jueces constitucionales —e incluso los jueces de instancia— deben ser jueces de derechos humanos, esto es, no sólo deben interpretar la Constitución para proteger los derechos fundamentales contenidos en la misma, sino también los tratados internacionales que contienen derechos humanos.

En este sentido, deben realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, bajo los principios adoptados para ello como el *pro persona* y el de interpretación conforme, lo cual, incluso propicia el diálogo entre la jurisprudencia interna y la de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

— *Conocimiento de derecho comparado*. Los jueces constitucionales deben conocer los principales criterios de las cortes y tribunales constitucionales, en la medida en que pueden resultar orientadores en el dictado de sus sentencias.

— *Conocimiento de la gestión de un órgano jurisdiccional.* Los jueces deben saber administrar los recursos humanos y materiales del órgano jurisdiccional del que son titulares, con la finalidad de que exista una adecuada distribución de

las cargas de trabajo, y que sea eficiente en la sustanciación de los procedimientos.

Como se puede advertir, los jueces constitucionales comparten con los jueces de instancia diversos rasgos, pues la labor de juzgar al final implica la conformación de un perfil común, el que se debe especializar en atención a las materias que conocen los juzgadores.

Debe destacarse que el perfil del juzgador constitucional, se debe forjar momento a momento, pues las relaciones sociales y por ende el derecho evolucionan y los jueces se deben estar atentos a las nuevas circunstancias, lo que implica que deban dedicarse al estudio constante.

Luis Fernando Angulo Jacobo

Perjuicio de los intereses públicos fundamentales o buen despacho

Cuando se apela a la presencia de un perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o al buen despacho, se evoca implícitamente a una categoría especial de valores, que van más allá del interés particular.

Ernesto Gutiérrez y González (*Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 2008) dice que en el derecho romano, Ulpiano explicaba la diferencia entre el derecho público y el derecho privado: "*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod singulorum utilitatem*", que significa: derecho público es lo que se refiere a las cosas de la ciudad: derecho privado es el que se refiere a los particulares.

Joaquín Escriche divide al derecho público, en general y particular. En lo general, el derecho público se identifica con el derecho internacional, con los fundamentos de la sociedad civil, que es común a muchos Estados. En lo particular, considera que el derecho público fija los fundamentos del Estado y las relaciones con su población. A este derecho dice que pertenecen la Constitución, la ley electoral, las leyes que regulan la organización de autoridades y tribunales, las leyes que aseguran el orden, la moral y la seguridad de los ciudadanos, las que fijan las condiciones del matrimonio, la patria potestad, la cualidad de las personas, entre otras y señala que también se le conoce como derecho político.

En cambio, para el mismo autor, el derecho privado se concreta a los negocios pecuniarios entre particulares y se compone de leyes que rigen contratos, testamentos, sucesiones y modos de adquirir la propiedad.

Ernesto Gutiérrez y González opina que es inútil clasificar al derecho en público y privado, pues la obligatoriedad de cualquier derecho es de interés público.

Es cierto que desde el enfoque de la validez de las normas, no podrían construirse categorías entre lo que debe considerarse derecho público y privado, pues desde el momento en que las normas quedan inscritas en el sistema jurídico, forman parte del derecho positivo y eso es suficiente para que todas revistan un interés general.

Sin embargo, más allá de esta idea de unificar a lo privado y lo público subsiste el problema de identificar cuáles son los intereses públicos fundamentales.

La respuesta viene de la jurisdicción y específicamente de la diferencia que existe entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción constitucional tiene una relación especial con los intereses públicos fundamentales que la jurisdicción común, no tiene.

En la justicia constitucional, las decisiones están más próximas a los valores o principios inscritos en el marco constitucional. En tanto que en la jurisdicción ordinaria se desahogan conflictos que no se relacionan necesariamente con ese tipo de intereses, sino con otros que conciernen a las partes. No obstante, aún en este tipo de casos, no se descarta la posibilidad de que prospere alguna vía de control constitucional, cuando hay vicios en el procedimiento o en la sentencia que se relación con la violación de algún derecho fundamental o bien cuando alguna norma aplicada es contraria a la constitución o a algún tratado internacional sobre derechos humanos.

En los distintos medios de control constitucional, como el juicio de amparo, las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad e incluso, en el control difuso de convencionalidad (artículo 1o. de la Constitución), hay necesidad de tomar decisiones que versan precisamente sobre estos intereses públicos fundamentales, que igual pueden llamarse derechos humanos, principios supremos como la dignidad, la igualdad, la equidad o la justicia o valores implícitos en ese tipo de normas (Grote, Rainer, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*).

En este sentido, un perjuicio a los intereses públicos fundamentales, tiene lugar cuando se descubre una incompatibilidad en el ejercicio de atribuciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales, con los valores emanados de la Constitución; por tanto, el buen despacho, constituirá una calificación sobre el debido ejercicio de estas atribuciones y el mal despacho será lo contrario.

El artículo 129 de la nueva Ley de Amparo, menciona algunos casos en los que se pueden causar perjuicios al interés social o contravenir disposiciones de orden público.

Así, por ejemplo, se contravendrá el interés social o el orden público, cuando se continúe con el funcionamiento de centros de vicio o lenocinio; la producción de narcóticos; se permita la consumación o continuación de delitos; se permita el alza de precios en productos de primera necesidad; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave; se impida la ejecución de campañas contra el alcoholismo y la drogadicción; se impida el cumplimiento de órdenes militares para la defensa del territorio, la independencia o la soberanía y seguridad nacional; se afecten intereses de menores; entre otros.

El propio artículo 129 de la Ley de Amparo, permite conceder una medida cautelar excepcionalmente, aún cuando se trate de alguno de los casos enunciados, si con la negativa de la medida cautelar se causa mayor afectación al interés social. Este artículo incorpora el juicio de ponderación, que es un balance entre los principios en colisión, mediante el cual se gradúa el peso de cada principio y se determina el principio prevalente, sin invalidar al principio opuesto (Ricardo, Guastini, 2010).

Por tanto, la jurisdicción constitucional valora el buen o mal despacho autoritativo a la luz de los intereses públicos fundamentales reconocidos en la Constitución; y, frente a una colisión, selecciona al principio prevalente.

Miguel Mendoza Montes

Persona jurídica ante los sistemas internacionales de protección de derechos humanos

La personalidad jurídica propia e independiente de las personas jurídicas de derecho privado (PJ) respecto a la de sus miembros ha sido objeto de análisis por los principales sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Estos sistemas, que por lo general son similares en cuanto al régimen de acceso y garantía de los derechos de los particulares, presentan normativas y prácticas muy disímiles cuando se trata de demandas en donde la violación de derechos es cometida *prima facie* en contra de la PJ.

En el marco de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que los individuos que aleguen ser víctimas de una violación pueden presentar comunicaciones en contra del Estado parte responsable. El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha rechazado las demandas en donde se presenta como víctima de la violación a una PJ, ya que entiende que el protocolo al hacer referencia a los "individuos" sólo habilita a éstos a presentar demandas. De este modo una PJ constituida con arreglo a las leyes de un Estado parte de dicho protocolo no tiene derecho en cuanto tal a presentar comunicaciones al Comité.

Del mismo modo, el CDH ha inadmitido quejas cuando son los miembros de la PJ los presentados como presuntas víctimas, si es que conforme a su interpretación la violación afectó los derechos de la PJ y no a los derechos de las personas físicas relacionadas a esta. Para determinar la víctima del acto violatorio el CDH analiza a nombre de quién se agotaron los recursos de las instancias internas. De este modo, si los mismos fueron agotados a nombre de la PJ, de manera indefectible el CDH entiende que debe rechazar la demanda por tratarse de derechos que pertenecen esencialmente a la PJ.

No obstante lo anterior, puede notarse una diferenciación en el tratamiento de las demandas dependiendo el derecho que se reclame vulnerado. En tal sentido, tenemos que en ciertos casos cuando la demanda versa sobre libertad de expresión, a diferencia de otros derechos, el CDH tiende a obviar el análisis sobre las cuestiones relativas a la personalidad propia y separada de la PJ y tampoco presenta un criterio claro respecto al análisis del agotamiento de los recursos internos a nombre de la entidad o de sus miembros, ya que entiende que la propia naturaleza del derecho en juego está indisolublemente vinculado al individuo.

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a diferencia del Protocolo Facultativo del PIDCP, dispone en su primer artículo que las Altas Partes Contratantes reconocen a "toda persona" bajo su jurisdicción sus derechos y libertades. A su vez, el Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH, en su primer artículo reconoce que "[t]oda persona física o jurídica" tiene derecho al respeto de sus bienes. Es así que conven-

cionalmente el *ius standi* de las PJ se encuentra garantizado en el hemisferio europeo.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), en el europeo se exige una identidad entre peticionario y presunta víctima, por lo que una PJ únicamente podría presentar una demanda en beneficio propio más no a nombre de una tercera persona, ni siquiera la de sus miembros. La práctica actual en el SIDH es inversa y las PJ solo pueden presentar peticiones en donde actúen como peticionarias y presenten como presuntas víctimas a personas físicas, sin importar la vinculación de éstas con la PJ en cuestión.

Entre los sistemas analizados, el europeo es el único sistema internacional de derechos humanos que hasta el momento habilitó el acceso a la más amplia gama de PJ, desde fundaciones y partidos políticos hasta corporaciones de evidentes fines lucrativos.

Además del acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), bajo el CEDH las PJ gozan de la protección tanto de derechos sustantivos como procedimentales. En el periodo de enero a julio de 2013, el 4,75% de las demandas analizadas por el TEDH corresponden a casos sometidos por PJ, o donde ellas son presentadas como las afectadas directas de una violación, y al menos el 68% de estas fueron abiertas a trámite por dicho tribunal.

El TEDH ha ido más allá, y ha reconocido que las PJ incluso gozan de determinados derechos morales susceptibles de ser reparados a través de indemnizaciones. Así por ejemplo, el Tribunal ha entendido que una PJ puede sufrir daño moral por la frustración de sus miembros o fundadores debido a la violación de sus derechos reconocidos en el CEDH (*Comingersoll S.A. c. Portugal,* núm. 35382/97, 6 de abril de 2000).

Los tres sistemas se asemejan en la negación del acceso a los entes gubernamentales como peticionarios por violaciones de derechos humanos ya que, independientemente del grado de autonomía que estos cuenten, las autoridades públicas no pueden presentar demandas contra su propio Estado.

En el marco de la OEA la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 1o. la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En su apartado segundo señala que persona "es todo ser humano". A consecuencia de esta disposición la Corte y la Comisión Interamericanas (Corte IDH y CIDH) se han mantenido reacias a reconocer violaciones a los derechos de las PJ en cuanto tales.

Sin embargo, la práctica de la CIDH utilizando como instrumento normativo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dista mucho de aquella posterior a la entrada en vigor de la Convención Americana. Es así que en al menos tres oportunidades la CIDH declaró violados los derechos de PJ contenidos en dicha Declaración. El primero reconocía la violación del derechos a la asociación y la libertad religiosa de una asociación religiosa (Caso núm. 2137 "Testigos de Jehová", Argentina) y los otros giraban en torno a la

libertad de expresión de dos medios de comunicación (Caso núm. 9250 "ABC Color", Paraguay; Caso núm. 9642 "Radio Ñandutí", Paraguay).

En 1991 fue la primera oportunidad en la cual la CIDH, en base a la Convención Americana, se pronunció sobre su competencia *ratione personae* respecto a las PJ. En la demanda fueron presentadas como presuntas víctimas los accionistas de una entidad bancaria (Caso núm. 10.169 "Banco de Lima", Perú), y si bien durante el trámite del asunto el Estado no cuestionó la competencia *ratione personae* la CIDH resolvió declarar inadmisible la petición por considerar que "para los propósitos de esta Convención, 'persona' significa todo ser humano".

Con posterioridad a este asunto, la CIDH ha mantenido una práctica constante sosteniendo la inadmisibilidad de peticiones cuando la PJ es presentada como víctima directa. Asimismo la CIDH ha afirmado que, en principio, los accionistas no pueden considerarse víctimas de actos de interferencia con los derechos de una empresa, salvo que prueben que sus derechos se han visto afectados directamente. La forma de probar dicha afectación, al igual que la práctica del CDH, sería mediante el agotamiento de los recursos internos a nombre de éstos.

A pesar de lo anterior, la CIDH se ha mostrado más flexible en reconocer la afectación de derechos de las personas físicas relacionadas a la PJ cuando a través de esta se ejercen determinados tipos de derecho. Por ejemplo, entendió que si una conducta estatal interfiere en el ejercicio de un medio de comunicación sí podría configurar una violación al derecho a la libertad de expresión en perjuicio de las personas naturales que lo utilizan para difundir información y opiniones (Informe 72/11 "William Gómez Vargas", Costa Rica). En estos casos la CIDH no rechazó la admisibilidad por haberse agotado los recursos a nombre de la PJ.

La Corte IDH se ha mostrado más flexible respecto al tratamiento de demandas donde la afectada directa es la PJ, y si bien aún no admite la posible vulneración de derechos de la entidad jurídica reconoce que bajo determinados supuestos el individuo puede acudir al SIDH para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del derecho (Caso Cantos *vs*. Argentina, Excepciones Preliminares).

Natalia Chudyk Rumak

Pleno jurisdiccional

La palabra pleno jurisdiccional está vinculada al término jurisdicción, que se refiere a la función jurisdiccional. El procesalista español Juan Montero Aroca llama a esta función, *derecho jurisdiccional*, que comprende aspectos relacionados con la potestad jurisdiccional, como: la organización judicial; la condición del juez; acción y pretensión y otros conceptos relacionados con obligaciones, cargas y categorías procesales (Gonzalo M., Armienta Calderón, 2006).

El propio Juan Montero Aroca explica que para el estudio de la jurisdicción, el derecho constitucional es el punto de partida de toda concepción doc-

trinal. En este sentido resalta la importancia de penetrar en la comprensión del Poder Judicial; la naturaleza de su función; sus órganos de gobierno y la relación con los demás poderes, legislativo y ejecutivo.

En este sentido, el término pleno jurisdiccional se emplea para nombrar a uno de los sujetos de la relación procesal; al juzgador, pero con la peculiaridad de que un pleno se conforma con más de un juez. Los jueces que integran el pleno deciden controversias judiciales de forma colegiada y mediante votación directa. Se requiere de la concurrencia de un número mínimo de miembros para que las sentencias sean válidas y puede exigirse, según las peculiaridades del caso, de una mayoría simple, calificada o de una votación unánime, así como de reglas de competencia, organización y lineamientos para superar la eventualidad de un empate.

La Constitución de 1857 disponía que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se integraría con once ministros propietarios; cuatro supernumerarios; un fiscal y un procurador general. El 1o. de diciembre de 1857 quedó instalada la primera corte y según el reglamento de 29 de julio de 1862, podía funcionar en pleno o en salas. Para las resoluciones del pleno bastaba la presencia de seis ministros y se tomarían por mayoría de votos presentes, teniendo voto de calidad el presidente de la corte (Joel, Carranco Zúñiga, 2000).

Con motivo de la reforma constitucional del 22 de mayo de 1900 al artículo 91 de la Constitución de 1857 se estableció que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondría de quince ministros y funcionaría en pleno o en dalas. El Código Federal de Procedimientos Federales del 3 de octubre de ese mismo año precisó que el pleno, para su funcionamiento, requería de la presencia de nueve ministros. En tanto que los tribunales de circuito serían unitarios.

La Constitución de 1917 disponía que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se conformaría de once ministros y funcionaría en pleno o en salas.

Las reformas más importantes que han tenido lugar a partir de la Constitución de 1917, han sido: la del 20 de agosto de 1928 que aumentó el número de ministros de once a dieciséis, al crearse una tercera sala; la de 15 de diciembre de 1934, que elevó el número de ministros a veintiuno, con motivo de la creación de la cuarta sala, encargada de conocer asuntos laborales; la del 19 de febrero de 1951 que se llevó hasta el 25 de octubre de 1967, en las que se crearon los tribunales colegiados de circuito y se aumentó a veintiséis el número de ministros, con motivo de la instalación de la sala auxiliar. El 10 de agosto de 1987 hubo otra reforma que entró en vigor en 1988 en la que se delegó a los tribunales colegiados de circuito el conocimiento de temas de legalidad y en 1994 tuvo lugar una reforma que incorporó al Consejo de la Judicatura Federal y retornó a la primigenia integración de once ministros, en lugar de los veintiséis anteriores. Cada sala se conforma de cinco ministros, bastando cuatro de ellos para su funcionamiento.

Los tribunales colegiados de circuito ocuparon un episodio importante a partir de su creación en 1951. Antes de esta fecha la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acumuló un rezago de 37,881 asuntos, con los entonces nuevos tribunales colegiados de circuito para el año de 1955 se redujo el número

a 10086 asuntos y se disminuyeron cuando se les extendió la competencia en temas de legalidad (Jorge Iñárritu, 1971).

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente, dispone en su artículo 2o. que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se compondrá de once ministros y funcionará en pleno o en salas, sin que el presidente integre alguna de las salas. El diverso artículo 4 del mismo ordenamiento, señala que es suficiente la asistencia de siete ministros para que la Suprema Corte de Justicia, pueda funcionar en pleno. Sin embargo, con motivo de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de abril de 2013, se precisa que se requerirá la presencia de al menos ocho ministros para los casos señalados en los artículos 105, fracción I, penúltimo párrafo y fracción II, y 107, fracción II párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En lo que concierne a los Tribunales Colegiados de Circuito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en sus artículos 33 y 35 disponen, entre otras cuestiones, que esos órganos jurisdiccionales, se conformarán por tres magistrados; las resoluciones se tomarán por unanimidad o por mayoría de votos de sus integrantes.

La mencionada reforma del 4 de abril de 2013 a la Ley Orgánica, deriva de la diversa publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 a los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que introdujo importantes cambios al juicio de amparo; así como de la que se publicó el 2 de abril del año 2013, a la Ley de Amparo.

En lo que aquí interesa, la reforma constitucional en la fracción XIII del artículo 107 del texto constitucional creó a los plenos de circuito. Se trata de tribunales encargados de dirimir el criterio que debe prevalecer entre tesis contradictorias, emitidas por tribunales colegiados de un mismo circuito.

El funcionamiento, número de integrantes, quórum, y formalidades para las sesiones quedaron regulados a través del Acuerdo General 14/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado el 14 de junio de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*. Dicho acuerdo, dispone, entre otras cosas, que los plenos de circuito se integrarán por los tribunales colegiados que formen parte del mismo circuito; también precisa que si en un circuito existen dos tribunales colegiados, todos los magistrados conformaran el pleno, pero si hay más, únicamente sus respectivos presidentes; y que para su integración, bastará la presencia de la mayoría de sus miembros; salvo aquellos que se conformen de tres magistrados, en cuyo caso se requiere que todos asistan.

Miguel Mendoza Montes

Plenos de circuito

Uno de los elementos que más aporta a la seguridad jurídica es la uniformidad de las decisiones judiciales, reconociendo, desde luego, la posibilidad de la variación y modificación de los criterios en nuestro sistema jurídico.

En el derecho comparado no se encuentra disposición similar a la que ha creado el constituyente permanente en el texto de la Constitución Federal, y en la nueva Ley de Amparo en torno a los plenos de circuito. Sin embargo,

existen sistemas de unificación jurisprudencial como los procedimientos con que cuentan Argentina y Colombia; así como recursos de unificación de jurisprudencia y otros sistemas regulados como recursos extraordinarios —tal es el caso de Chile— de los cuales conocen sus cortes supremas.

La noción de los plenos de circuito lleva implícita precisamente la existencia de los distintos circuitos judiciales. Por su organización federal, que también se refleja en el sistema judicial, el territorio mexicano se encuentra dividido en circuitos y en distritos judiciales. A raíz de la creación de los tribunales colegiados de circuito cada uno de estos tribunales tiene la posibilidad de emitir tesis y, desde luego, jurisprudencias que resultan obligatorias a los tribunales inferiores existentes en su circuito, mas no así a otros tribunales colegiados de su misma jerarquía, existentes incluso en el propio circuito o en circuitos distintos.

A través de la historia del siglo XX podemos observar cómo la Suprema Corte de Justicia de México fue delegando, ya sea por autorización legislativa o por la determinación de acuerdos internos, facultades a los tribunales colegiados de circuito para conocer de determinados asuntos, concretamente de cuestiones de legalidad, dejando a la máxima autoridad judicial las cuestiones relativas a la constitucionalidad de actos y normas; en ese tenor se inscriben las reformas constitucionales y legales de los años 1988, 1992, 1995 que siempre tuvieron el propósito de disminuir el trabajo jurisdiccional de legalidad de la suprema corte.

La razón de la creación de los plenos de circuito radica en que con la proliferación de los tribunales colegiados de circuito, y la consecuente creación por cada uno de ellos, de jurisprudencia obligatoria para los tribunales inferiores, pero no entre sí, existen discrepancias al interpretar la norma jurídica. Es tal la variedad de criterios que la justicia se llega a tornar una cuestión de azar, dependiendo del criterio que sustente el tribunal terminal.

Las contradicciones de criterios entre tribunales colegiados de circuito eran resueltas por la suprema corte, en pleno o en salas, cumpliendo una función unificadora. Y por la proliferación de contradicciones, la corte tenía que dedicar mucho tiempo a resolverlas. Antes esto el legislador dispuso como solución la creación de los plenos de circuito.

La reforma constitucional del 6 de junio de 2011, previó la existencia de los plenos de circuito como uno de los elementos para descargar a la suprema corte del conocimiento de estos asuntos, y como un elemento para unificar la jurisprudencia; y se delegó al Consejo de la Judicatura Federal la obligación de crearlos. En caso de que exista contradicción de criterios entre los plenos de circuito procederá el máximo tribunal a definir el criterio imperante.

Tratándose de contradicciones entre plenos de circuito, se legitimó al procurador general de la República, a los tribunales colegiados de circuito y a sus integrantes, a los jueces de distrito y a las partes en los asuntos concretos para denunciar las contradicciones entre tribunales; así como a los ministros de la corte, a los plenos, a los órganos de la Procuraduría General de la República, y a los jueces para denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los plenos de circuito pueden estar integrados por todos los magistrados adscritos a los tribunales colegiados del mismo circuito o, en su caso, por los presidentes de estos órganos.

El Consejo de la Judicatura Federal emitió el acuerdo 14/2013 para regular lo relativo a los plenos de circuito. De la regulación específica se advierte que estos plenos tienen las siguientes características: 1. En los circuitos judiciales se establecerán los plenos, mismos que se compondrán por los presidentes de los tribunales colegiados del circuito respectivo; 2. En los circuitos en los que únicamente haya dos tribunales, los plenos se integrarán con la totalidad de los magistrados que lo conforman; 3. En aquellos circuitos donde existan más de dos tribunales colegiados se integrarán por sus respectivos presidentes.

Se decidió también que los tribunales colegiados auxiliares no integran los plenos. Que habrá plenos especializados por materia cuando existan tribunales especializados, y plenos sin especialización cuando los tribunales sean de conocimiento mixto. Cada pleno tendrá un magistrado presidente quien será designado de manera rotativa conforme a la lista del decanato en el circuito, durará un año en su encargo y no podrá ser reelecto para los dos periodos inmediatos posteriores.

Juan Carlos Cruz Razo

Pluralismo jurídico

La noción de pluralismo jurídico es uno de los binomios más utilizados en los últimos años en el discurso teórico de los sistemas jurídicos continentales y que ha resurgido de la historia misma de los ordenamientos jurídicos occidentales. El pluralismo como sinónimo de la tradición jurídica europea ha sido una nota característica en la añeja tradición del modelo jurídico de occidente. Harold Berman (*Law and revolution*) destaca que una de las constantes de la historia de la tradición jurídica de occidente fue la capacidad de generar un esquema de pluralidad de ordenamientos, y articularlos en un sistema jurídico donde lo local era convergente con lo supranacional. En ese sentido, se debe recordar uno de los rasgos de los ordenamientos jurídicos de la antigüedad: Su matriz consuetudinaria y la necesidad de interactuar con otros ordenamientos para ir delineando la geografía de la cultura jurídica occidental. Así, se puede advertir en la literatura un buen número de análisis sobre el pluralismo como ejercicio de comparación de tradiciones jurídicas. Por ejemplo, Francesco Calasso reconstruye la historia jurídica de la época medieval a través de la noción de pluralismo jurídico (*Medioevo del diritto*).

De lo anterior, se advierte como la discusión histórica sobre el pluralismo parte de la descripción de los ordenamientos jurídicos y los elementos que los integran. Por ello, en el siglo XX una de las disciplinas que contribuyó al desarrollo de la teoría jurídica del pluralismo fue el derecho comparado. Textos seminales como *Les grands systèmes de droit contemporain* de René David o *Introduzione al Diritto comparato* de Rodolfo Sacco establecieron la necesidad de concebir el universo jurídico desde una perspectiva más amplia desde una visión de sistema y a través de la visión plural de los sistemas jurídicos. Así, en el siglo pasado se cimentaron en Europa las bases de una teoría jurídica sobre

el pluralismo. Massimo Corsale señalaba una notable distinción, en la famosa *Enciclopedia del diritto*, entre pluralidad y pluralismo. Aquélla se refiere al hecho concreto de que en un sistema social coexisten diversos ordenamientos jurídicos. El pluralismo es sobre todo un discurso que analiza los vértices del paradigma de la pluralidad desde una visión crítica. La rigidez que caracterizó la epistemología jurídica constitucional de la segunda parte del siglo XX, en donde el fenómeno jurídico estaba aparejado a la ley estatal como manifestación legislativa, ha dado paso a una nueva forma de entender el perfil de los paradigmas jurídicos del siglo XXI.

La geografía de la ciencia jurídica contemporánea presenta el pluralismo como una de las herramientas más eficaces para entender los procesos de globalización económica y transnacionalización del derecho. Más aún, el pluralismo ha sido uno de los grandes discursos de reivindicación social en las teorías justicialistas y garantistas del derecho. Las grandes denuncias de grupos sociales han encontrado en el pluralismo una categoría científica para reivindicar sus derechos. Incluso, dicha noción ha fungido como elemento axial del discurso de los derechos fundamentales. El pluralismo jurídico contemporáneo ha representado la mayor crítica a la modernidad jurídica, encarnada en el principio de igualdad y libertad. Así, se ha visto languidecer el modelo libertario frente a los grandes desafíos que ha presentado la época contemporánea, ya que las necesidades y expectativas sociales no han sido colmadas por el principio de igualdad y el estado moderno.

El pluralismo es también un discurso sobre la coexistencia de los ordenamientos jurídicos en donde se ha buscado dar una respuesta a los procesos políticos y económicos de regionalización, a partir del establecimiento de criterios mínimos de justicia en los diversos diseños institucionales. La Unión Europea ha presentado claramente la necesidad de buscar cánones que permitan homologar las diferentes realidades locales con principios jurídicos europeos. De tal suerte, en los últimos años se ha destacado la función del derecho comunitario en la construcción de espacios jurídicos. Lo local, lo estatal y lo global han aspirado a la construcción de un nuevo sistema jurídico. Justamente, el pluralismo como teoría y práctica busca la coexistencia de sistemas normativos y jurídicos en diversas realidades, tanto regionales como nacionales, a través de un discurso crítico que permita articular los principios de los sistemas y establecer un espacio jurídico común. Desde la teoría, el esfuerzo por parte de la ciencia jurídica ha estado acompañado por otras disciplinas sociales para integrar un corpus que permita la comprensión de nuevos fenómenos sociales y legales que identifiquen la creación de principios jurídicos que puedan establecer un espacio jurídico que contenga la gramática del Estado constitucional. En esta sede, la sociología ha jugado un rol fundamental en la construcción de un discurso jurídico que ha advertido las carencias del modelo legal cuya vocación legislativa había inhibido las consecuencias de la interacción social. La tradicional perspectiva del derecho ha transitado a la construcción de una disciplina social que reivindica las expectativas sociales en el marco de un sistema social lleno de desigualdades formales como concretas.

El pluralismo es una de las soluciones del derecho contemporáneo a las complejas realidades de la modernidad y posmodernidad jurídica (Boaventu-

ra de Souza Santos. *Sociología Jurídica Crítica*). Ni la libertad como principio político ni los procesos de globalización han escapado a la crítica del pluralismo jurídico. Derechos fundamentales, globalización, democracia constitucional, democracia participativa, movimientos sociales, minorías étnico-culturales, derecho comunitario, son algunos de los conceptos que han sido analizados por los vértices del pluralismo jurídico y reconocidos por la ciencia jurídica como parte determinante en la teoría del pluralismo jurídico. En esta perspectiva, debe señalarse la importancia en el establecimiento de una teoría sobre el pluralismo jurídico el surgimiento de movimientos sociales de reivindicación de derechos fundamentales de grupos vulnerables, al evidenciar las respuestas débiles del sistema nacional.

Surge pues una interrogante que vale la pena menuzar, por sus alcances y efectos en los ordenamientos jurídicos. ¿Cómo lograr establecer el canon del pluralismo en los diversos diseños institucionales? O de dicho de otra manera, cómo entender en la actualidad la veta del pluralismo en la aplicación del derecho y en el aseguramiento de libertades básicas. La filosofía política anglosajona ha contribuido de forma decisiva en la discusión. Charles Taylor ha propuesto la teoría del multiculturalismo como una salida a la encrucijada que plantea el liberalismo a partir de la política del reconocimiento (*Multiculturalism*). Kymlicka ha sugerido la noción de ciudadanía multicultural como punto de partida de los derechos de las minorías (*Multicultural Citizenship*). Otros autores han destacado la necesidad de desculturalizar la noción filosófica de los derechos, separando el debate entre liberales y comunitaristas, para vincularla a una nueva teoría jurídica de los derechos fundamentales, en donde el pluralismo sea el eje del reconocimiento jurídico y la necesaria coordinación de jurisdicciones en el marco del Estado nacional (Mario Cruz Martínez, ¿Es necesaria la desculturalización de los derechos indígenas?).

Como se podrá advertir, las posibilidades que inaugura el pluralismo han logrado establecer nuevas vetas de reflexión en la filosofía del derecho y en las teorías jurídicas contemporáneas. Dentro de la ciencia jurídica, algunos autores, como Peter Häberle (*El Estado Constitucional*), han concebido el derecho comparado como una herramienta determinante en la aplicación de la cultura jurídica de un país determinado y en ese reconocimiento, la posibilidad de ampliar los parámetros de protección constitucional. Así, la desestatalización de los sistemas jurídicos ha pasado por revisar los conceptos básicos del Estado moderno y en ese marco, las interrogantes han sido tan amplias como complejas. Cómo se puede revisar la noción de soberanía estatal, en tanto elemento nuclear de todo tipo de democracia y a la luz de los procesos de globalización jurídica; qué relación surge en el seno de los diseños institucionales entre los conceptos de regulación jurídica y emancipación social; cómo afecta la connotación de cultura en el ámbito constitucional; qué importancia tiene la noción de ciudadanía, entre otros. Como se puede advertir, las interrogantes son profundas por su alcance en el ámbito de las disciplinas sociales y en la construcción de las teorías jurídicas. Sin embargo, surge dentro de la gramática jurídica, el derecho de la unificación y derecho comparado como disciplinas señeras para concebir los modelos que plantea el pluralismo jurídico. Hoy día, el pluralismo tiene su mejor evidencia en el derecho de la

unificación. A través de cuerpos unificados del derecho se puede evidenciar la capacidad de los sistemas legales por la armonización en diversas áreas del derecho público y privado. Por su parte, el derecho comparado y otras disciplinas afines, como el derecho procesal constitucional, buscan el estudio de los diferentes instrumentos legales como textos legislativos y fundamentalmente, la rica jurisprudencia nacional e internacional para lograr el conocimiento de los modelos jurídicos y encontrar los elementos de coexistencia y equilibrio. En resumen. El pluralismo jurídico es hoy día un discurso crítico del sistema jurídico y una poderosa herramienta de diálogo entre las culturas jurídicas.

Mario Cruz Martínez

Poder judicial

Ha sido un error muy extendido, y sólo abandonado en fechas recientes, el desdén hacia el Poder Judicial como objeto de atención por el derecho constitucional, que había llevado su curiosidad a los otros dos poderes clásicos: Ejecutivo y Legislativo. Las razones parecen ser históricas. El Montesquieu del *Espíritu de las Leyes* creía que el poder de juzgar era en cierto modo nulo y escasamente peligroso para los ciudadanos. También Hamilton en *El federalista* decía que el judicial era el más débil de los tres departamentos del poder, porque ni influye sobre las armas ni dirige la riqueza, ni puede tomar una resolución activa. En esta antigua línea de pensamiento se insertan los tratadistas que afirmaron que no es un verdadero "poder" sino una simple "función" consistente en la aplicación pura y simple de la ley. Nada de esto es cierto ni resulta una comprensión adecuada, por ejemplo, a las normas de la Constitución mexicana, las cuales consagran el moderno entendimiento de la justicia como un poder independiente, gobernado por un Consejo de la Judicatura, y que se mantiene unido a través de la jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lógica que debe entenderse igualmente predicable de los sistemas de justicia de los estados.

La expansión de la juridicidad inherente al Estado de derecho ha llevado a jueces y tribunales a ejercer nuevas y variadas funciones, de esencial importancia, que difícilmente pudieron imaginar los liberales que en el siglo XIX realizaron la codificación; tantas, que ese Poder Judicial de mínimos se ha transformado en su magnitud. Hoy casi no existen ámbitos exentos de jurisdicción y en muchos Estados constitucionales se avanza en el control de los elementos reglados de los actos políticos del gobierno (incluidos ámbitos que pueden ser secretos de Estado o nombramientos de altos cargos) y de la discrecionalidad administrativa, mediante diversas técnicas. Los tribunales controlan también los procedimientos electorales y el escrutinio, superando el viejo modelo de revisión parlamentaria de las actas. Han aparecido nuevos órdenes jurisdicciones distintos al civil y penal, y jueces especializados en materias como la mercantil o la contencioso-administrativa. La justicia constitucional controla la constitucionalidad de las leyes, haciendo del Congreso, no un órgano soberano sino un poder constituido sometido a la Constitución. Y, día a día, los órganos judiciales revisan la potestad reglamentaria y los actos administrativos de diversos gobiernos multiniveles (la Federación, los Estados,

y los municipios). El Consejo de la Judicatura ha asumido buena parte de las competencias sobre la administración de justicia con la finalidad de asegurar la independencia externa de la judicatura respecto de los otros poderes. En consecuencia, la organización del Poder Judicial y la determinación de los límites de sus funciones para impedir que invadan a otros poderes, incurriendo en una función de suplencia, han alcanzado una notable complejidad. Al tiempo, la independencia de los órganos judiciales es tan esencial para la propia supervivencia de la democracia constitucional que únicamente respecto de la justicia podemos realmente pensar en la necesidad de una verdadera "separación" de poderes, y no en un entendimiento más flexible de tal división como ocurre en la realidad con el juego de contrapesos entre el Legislativo y el Ejecutivo, incluso en los sistemas presidenciales.

En países como México, este poder debe adjetivarse con dos calificativos esenciales: "federal" y "difuso". La Constitución reconoce una dualidad, el Poder Judicial de la Federación y aquellos establecidos en las Constituciones de los estados, siguiendo la influencia del constitucionalismo estadounidense, un modelo federal clásico que se superpuso a la organización procesal heredada de la colonia. Por otro lado, hoy tiende a comprenderse —siguiendo a la doctrina italiana— como un poder "difuso", es decir, tan dilatado en su unidad como para que cada juez o tribunal sea independiente del resto en sus enjuiciamientos. Esta independencia interna es no menos relevante que la externa, y demanda una organización judicial desprovista de criterios de jerarquía y subordinación —a diferencia del Ejecutivo—, que alcanza su unidad mediante un sistema de recursos judiciales que vertebran la jurisprudencia, en particular, las sentencias constitucionales, la casación de la ley y la unificación de doctrina de los tribunales.

La función jurisdiccional ya no puede caracterizarse como la aplicación de la ley al caso, recurriendo a la teoría de la subsunción de los supuestos de hecho en normas abstractas y generales: una premisa mayor y otra menor. El juez no es la boca que expresa las palabras de la ley. Nada es tan mecánico ni automático. La realidad es harto más compleja y exige del juez un esfuerzo interpretativo. Los jueces construyen las normas a partir de diversas fuentes del derecho y mediante disposiciones de muy diversos rangos: constitucionales, internacionales, legales, reglamentarias; con las que a menudo no es sencillo alcanzar una interpretación sistemática y desprovista de contradicciones. La distinción entre creación y aplicación de la ley no puede comprenderse más que como ingredientes de un mismo fenómeno en diferentes dosis. Asistimos a un derecho cada vez más dúctil construido a través de principios generales, que dan una mayor imprecisión al canon o parámetro de enjuiciamiento. Las leyes actuales están repletas de remisiones, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados de no siempre unívoca inteligencia. La antigua unidad de la ley se ha descompuesto en una pluralidad de tipos de leyes con diversas funciones y objetos. Y la descentralización federal en diversos ordenamientos internos o la protección internacional subsidiaria de los derechos contribuyen a enriquecer, y a complicar, la selección de las fuentes. El juez moderno ejerce una cierta discreción —o discrecionalidad— judicial: dicta una verdadera

decisión judicial responsable, limitada por la predeterminación normativa de las fuentes y su sujeción a la Constitución y a la ley.

En este escenario moderno, los derechos fundamentales de los justiciables que integran el derecho al proceso debido (la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales en los juicios) han contribuido a transformar la regulación de los procesos y la forma de ejercer la función jurisdiccional al hacer del justiciable —y no el juez— el centro de este servicio público en cuanto titular de unos derechos de prestación. La necesidad de interpretar de manera finalista y antiformalista los requisitos procesales, y no como obstáculos insalvables, de favorecer la subsanación de los defectos, de impedir situaciones de indefensión, de permitir la prueba, de garantizar los derechos al juez ordinario e imparcial y la igualdad de armas de las partes, son entre otros muchos, ingredientes esenciales de esta nueva organización. El juez moderno está comprometido por mandato constitucional con el Estado de derecho y los derechos fundamentales.

Una independencia judicial tan amplia y constitucionalmente garantizada, un poder tan difuso y dotado de funciones importantes deben tener como contrapesos la responsabilidad del juez por distintas vías (entre otras la disciplinaria ante el Consejo de la Judicatura), un serio sistema de reclutamiento objetivo y un régimen estricto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades que aseguren que ejerce la potestad jurisdiccional con eficacia, exclusividad, independencia e imparcialidad.

Javier García Roca
Alfonso Herrera García

Political questions

La doctrina de las *political questions* se originó en Estados Unidos, a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva —*self restraint*— o prudente impuso en las resoluciones de casos difíciles, al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables, o dicho en otros términos, materias que —en principio— no eran solucionables a través del proceso judicial debido a la ausencia de una norma aplicable. Sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o del activismo judicial clásico —*judicial activism*—, según el cual (en virtud del caso *Marbury vs Madison*) no había disposiciones legales que pudieran exceptuarse del control constitucional. Asimismo, se observa una tercera corriente judicial, la denominada corriente funcional, que trata de balancear ambos extremos estableciendo razones prácticas para su intervención. En todo caso, esta doctrina en sus diferentes modalidades ha tenido impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobre todo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional.

A partir de interpretar críticamente la cuestión política de las causas judiciales difíciles es que se puede perfilar la posición del tribunal constitucional con relación al Congreso y al gobierno, para lo cual cabe plantear —en vez de preguntar qué es una *political question*— cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*. Y es que, como sostiene Philippa Strum,

resulta imposible una definición jurídica del término en la medida que en el proceso judicial las cuestiones políticas son los asuntos sin solución, pero a la vez, los asuntos sin solución en el proceso judicial son las cuestiones políticas.

Por ello, es en el marco del derecho comparado donde se puede plantear con claridad la problemática de las *political questions*. En ese sentido, es importante destacar, en la jurisprudencia comparada, el intento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en 1962, de establecer criterios que las identificasen. Así, en el caso Baker *vs*. Carr, dicho Tribunal Supremo sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions*, se trataba: (i) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional, (ii) de una carencia de estándares judiciales apropiados para su enjuiciamiento, (iii) de una imposibilidad respecto a que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político idóneos para un tipo de discreción claramente no judicial, (iv) de una imposibilidad respecto a que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales, (v) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada, y finalmente (vi) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales. No obstante, en este punto la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren fue, más bien, una excepción. Tal como quedó establecido a partir del *Tribunal Burger.*

En todo caso, para perfilar el alcance de las *political questions,* se hace necesario apelar no sólo a la dogmática, sino también al quinto método de interpretación del derecho constitucional comparado en su forma jurisprudencial. En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori*, sino casuística, en la medida que lo político opera con categorías decisionistas, las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque dentro del marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos constitucionales políticos, así como en las posibilidades y los límites de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions.*

A diferencia de los Estados Unidos, donde la tradición judicial estableció que las *political questions* no eran cuestionables en principio, la doctrina constitucional europea asume una postura de control político o material de la Constitución, mediante determinadas técnicas interpretativas.

En el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo un papel muy importante cuando se plantearon cuestiones políticas "politischen Fragen", en relación con algunas leyes y medidas económicas dictadas por el Parlamento y el Gobierno, durante la etapa de la reconstrucción económica después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, en Alemania la doctrina de las cuestiones políticas también ha ido tomando forma a través de la doctrina de la justicia política —*Politische Justiz*—, en la cual el TCF se ha visto compulsado a defender la democracia política, mediante la resolución de casos políticos durante la etapa de la posguerra, como la disolución del Partido

Socialista del Imperio (partido neonazi), la disolución del Partido Comunista Alemán o, más contemporáneamente, la condena a los actos terroristas de los miembros de la Fracción del Ejército Rojo.

En cuanto a la experiencia jurisdiccional española sobre cuestiones políticas, ésta nos muestra algunos casos judiciales de alta relevancia política y social, como en la lucha del Estado contra el terrorismo. En estos casos se ha presentado el tema de las cuestiones políticas —si bien no en la forma de la doctrina norteamericana o alemana— en clave de control material de la Constitución.

De otra parte, en América Latina se puede señalar que la justicia constitucional tiene un desarrollo embrionario en materia constitucional para hacer justiciable las llamadas cuestiones políticas.

En Argentina, en la década de los ochenta, con el retorno a la democracia la jurisprudencia fue consolidando progresivamente una posición de control de la constitucionalidad de los actos políticos, no exenta de avalar ciertas decisiones políticas, como la convalidación de la llamada ley de la obediencia debida, alegando la gravedad de la crisis militar, bajo la doctrina de la emergencia, para evadir el juzgamiento del militar Camps, acusado de violar los derechos humanos, lo que ha sido corregido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina sobre el caso Simón, que declara inválida dicha legislación.

En el Perú, se puede señalar que el tribunal constitucional ha establecido una jurisprudencia sobre las *political questions*, en la sentencia que plantea cuestionar la decisión del congreso relativa a la expulsión de tres magistrados constitucionales, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos.

En suma, la judicialización de las *political questions* es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso —en cuanto a su alcance o la densidad de control judicial— a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional. Con ello se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno se instale el abuso judicial, lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces* sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos. No hay una única solución a ese real peligro, pero una cuidadosa selección de los magistrados, el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.

César Landa Arroyo

Políticas públicas judiciales con perspectiva de derechos humanos

Políticas públicas es la acción u omisión del gobierno para enfrentar un problema o hecho social. A lo largo de la historia y de la propia construcción del Estado, los grandes estadistas se han esforzado por estudiar y analizar el

funcionamiento del mismo, proponiendo métodos de estudio, disciplinas y herramientas que permitan el buen ejercicio de gobierno.

A esta necesidad, surge el estudio de la política pública, la cual obedece a una necesidad por encontrar soluciones a problemas, hechos, circunstancias o actos sociales que debe resolver la autoridad, por lo tanto, la política pública es la acción u omisión del gobierno en respuesta a un problemática, a través de acciones de gobierno, instituciones, programas, leyes, reformas y demás instrumentos públicos.

Su aplicación se establece en distintas etapas, a saber: 1. Identificar el problema, 2. Buscar y evaluar las posibles soluciones, 3. Seleccionar la política pública, 4. Implementar la política pública y evaluar la misma.

Ahora bien, la política pública judicial es un concepto relativamente nuevo de aplicación en los gobiernos judiciales, pues, la política pública como tal se aplicaba solo desde la perspectiva del Poder Ejecutivo y Legislativo, sin embargo, en la propia evolución de las judicaturas se ha advertido la necesidad de buscar nuevas herramientas o metodologías para el buen ejercicio del gobierno judicial, sobre todo armonizar los esfuerzos del Estado mexicano a través de sus instituciones, no puede el Poder Judicial ser ajeno al fortalecimiento del Estado.

En ese contexto, las reformas que ha sufrido el sistema jurídico mexicano han sido de tal envergadura que merecen y exigen implementaciones integrales, interdisciplinarias, transversales, responsables y estadistas que no desvirtúen el origen de la misma y el espíritu de la ley; ejemplo de ello es la reforma del 10 de junio de 2011 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en materia de derechos humanos, que reformó el artículo 1o. de la Constitución general de la República, donde obliga a las autoridades el respeto irrestricto de los derechos humanos, exigiéndoles que observen los tratados internacionales para su ejercicio, además de buscar la norma que más le favorezca al individuo.

Bajo estas aristas, el Poder Judicial de la Federación tiene un peso muy relevante en la reforma y, depende de éste que pueda respetarse y aplicarse la misma, pues, los jueces y magistrados federales serán el último peldaño de la defensa de los derechos humanos, a través de sus resoluciones.

Esto es, los ciudadanos y los juzgadores, tienen el derecho de que la autoridad judicial como gobierno, actúe con pleno respeto a los derechos humanos, luego entonces, las políticas públicas judiciales con perspectiva de derechos humanos, es la obligación que tienen los integrantes del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal de tomar decisiones valoradas, diseñadas, analizadas e implementadas bajo la protección de los derechos humanos, por tal motivo, se debe exigir este respeto en todas y cada una de sus determinaciones, y revisar aquellos criterios y acuerdos generales que vulneren estos principios obligatorios plasmados en el artículo 1o. Constitucional. Una judicatura federal será cada día más fuerte, en tanto sea respetuosa de los derechos humanos.

Un ejemplo de lo anterior, es que en materia disciplinaria deben determinarse las medidas respetando los derechos humanos, revisando la convencionalidad y la norma que más le favorezca al servidor público; así pues, debe

velarse que las medidas no afecten el buen funcionamiento de la impartición de justicia, protegiendo el derecho que tiene todo ciudadano al acceso a la justicia.

Otro ejemplo, son las adscripciones o readscripciones de los depositarios del Poder Judicial de la Federación, pues, las reglas deben estar determinadas bajo un estudio serio de cada caso en particular, respetando los derechos humanos de ese juzgador, cuidando que no altere el sistema y no distraiga la determinación a ese juez o magistrado, vulnerado con ello la autonomía e independencia judicial, ya que la tranquilidad es parte de la esfera protectora de esos principios, no basta, el justificar medidas por necesidades del servicio, es obligación del órgano de gobierno justificar la medida atendiendo el derecho humano.

Ahora bien, como se ha mencionado las políticas públicas judiciales se aplican por acción o por omisión a través de los acuerdos generales de la judicatura, ya sea creando, reformando o derogando, políticas que atiendan la problemática existente.

En conclusión, el diseño e implementación de las políticas públicas judicial con perspectiva de derechos humanos, son las acciones y, en algunos casos, omisiones que determine la judicatura en razón de un hecho o problema detectado que vulnera los derechos humanos de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral, así como el buen servicio público de impartición de justicia y en consecuencia a los justiciables.

Gerardo Enrique Hernández Aguirre

Políticas públicas sociales

En la actualidad y de acuerdo a Lahera Parada, podemos identificar dos conceptos de políticas públicas, el tradicional y aquel otro que podríamos denominar actual. De acuerdo a la posición tradicional, las políticas públicas podrían ser definidas como "aquellas que se corresponden al programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental". A la luz de este concepto se le asigna un papel central al Estado como si las políticas públicas fueran materia exclusiva de las autoridades públicas. Desde una posición actual e integral, Las políticas públicas: "son cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información con relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones". Las políticas públicas así concebidas, son soluciones específicas acerca de la forma en que deben ser abordados los asuntos públicos determinados en la agenda pública. De esta forma, la determinación de los temas que conformarán la agenda pública, determina a su vez las políticas

públicas que el Estado gestionará. En un sistema democrático, los temas de la agenda pública deberían ser determinados mediante el diálogo y la discusión. En el marco de un sistema democrático, la determinación de la agenda pública es una labor compleja. Esta complejidad se encuentra determinada por la diversidad de preferencias que se deben contemplar para establecer qué temas deben integrar la agenda pública y en consecuencia, qué políticas públicas deben ser abordadas y entre ellas, cuáles deben ser de atención preferente. En un esquema democrático o mayoritario, la determinación de esta agenda entonces dependerá de un sinnúmero de factores entre los que cabría mencionar: la habilidad de los grupos para manipular las elecciones sobre la agenda a su favor, o la prevalencia que el partido político triunfador en un proceso eleccionario otorgue a ciertos temas de interés público. Sin embargo, esta reseñada flexibilidad en la conformación de la agenda pública no es tal. En el marco del constitucionalismo actual, la Constitución no solo establece como se organizará el poder y la manera en que los órganos del Estado deben tomar sus decisiones; ella establece además aquello que estos pueden y en ocasiones lo que no pueden decidir. Pero además, establece de un modo más o menos fuerte, vías para la acción, fines cuya consecución se debe procurar o, fines constitucionales que se deben obtener, es decir, resultados que la acción de los poderes debe conseguir. Esta determinación es brindada constitucionalmente, aunque no de modo exclusivo, mediante los derechos. Tal como ha señalado Abramovich (2009), existe una muy estrecha relación entre derechos constitucionales y políticas públicas y más específicamente, entre derechos sociales fundamentales y políticas públicas sociales. En el marco de la democracia constitucional, entonces, las decisiones o las determinaciones de la agenda pública no está entregada por completo al juego democrático. Cuando la Constitución, impone a las autoridades la consecución de ciertos bienes como salud, educación, vivienda digna etcétera. está imponiendo temas de la agenda pública que debería determinar el diseño de políticas públicas sociales, más allá de las políticas públicas de un gobierno específico y más allá también de los postulados del partido político que se encuentre al frente del gobierno. En realidad, lo que hace es establecer aquello que en términos de políticas públicas podríamos denominar *políticas de Estado* por cuanto trascienden a los gobiernos de turno. Esta idea intenta resumir los postulados básicos de la democracia constitucional o del constitucionalismo actual y entronca perfectamente en los postulados típicamente constitucionales, por cuanto la pretensión de toda Constitución es la estabilidad o perdurabilidad, por ello, la incorporación de medios dificultados de reforma o la existencia del control judicial de la constitución que tienen como finalidad, dotar a la Constitución de esas cualidades. Lo dicho en el párrafo anterior, de ninguna manera pretende sugerir que la agenda sobre políticas públicas sociales no pueda ser discutida por las instancias democráticas, ni siquiera que los cuerpos políticos y de la administración pública no deban aceptar las preferencias que pudieran determinarse por la vía democrática, ni que éstos no gocen de cierto grado de discrecionalidad para el establecimiento de las políticas públicas. Lo que se quiere afirmar es que, como en todo escenario constitucional, todas las determinaciones enunciadas, no pueden prescindir de los bienes predeterminados

constitucionalmente y que la agenda pública deberá necesariamente contemplar. Por otro lado, el concepto actual de políticas públicas proporcionado por Lahera, es más incluyente que el concepto tradicional, pues permite incluir en el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas a una serie de actores como la ciudadanía, los grupos sociales y el sector privado entre otros. El abandono del concepto tradicional y restrictivo de políticas públicas, nos brinda cierta claridad para proponer ya no un criterio vertical de expansión del concepto en cuanto a la determinación y diseño de las políticas públicas, sino y de manera complementaria, un criterio expansivo horizontal en cuanto a la fiscalización de las políticas públicas. Tradicionalmente los expertos tienden a considerar que dicho ámbito no tiene ninguna relación o vinculación con el derecho constitucional y mucho menos con los derechos sociales fundamentales. Si aceptamos la ecuación propuesta de acuerdo a la cual, la Constitución establece bienes materializados en términos de derechos y estos bienes no resultan prescindibles al momento de diseñar una agenda pública que a su vez determinará las políticas públicas a confeccionar e implementar, resulta lógico sostener que las políticas públicas tienen mucho que ver con el derecho constitucional y los postulados constitucionales en cuanto a la forma en que estos determinan a aquellas por cuanto las políticas públicas deben tender a realizar los bienes objeto de los derechos. Ahora bien, una derivación del juicio tradicional de acuerdo al cual las políticas públicas se encuentran desconectadas del derecho constitucional y de los contenidos constitucionales, ha sido el considerar que la justicia constitucional no tiene nada que decir acerca de las políticas públicas. En materia de políticas sociales que implementen derechos sociales y su fiscalización por parte de la jurisdicción constitucional, el juicio ha sido aun más categórico. Lo dicho hasta aquí es avalado por ciertos sectores de expertos en materia de políticas públicas que al analizar los aspectos de su fiscalización, ya no solo contemplan la fiscalización interna ejercida por diversos comités, o la fiscalización política que pueden desempeñar los parlamentos, sino que incorporan al Poder Judicial como agente fiscalizador. El rol del Poder Judicial en este ámbito, puede abarcar diversos aspectos tales como el control de políticas públicas sociales excluyentes, la implementación de políticas públicas sociales diseñadas pero no ejecutadas, la corrección de procedimientos que implementan políticas públicas y en los casos más graves, llegar incluso a la invalidación de políticas públicas sociales.

Juan Manuel Acuña

Potestad tributaria del Estado

La potestad tributaria puede entenderse, en una noción general, como la manifestación de poder del Estado para la creación y el cobro de tributos. En sede académica, este concepto ha tenido un profuso tratamiento por la escuela italiana y española del derecho tributario, cuya recepción ha tenido un impacto notable en la mayoría de los países de Iberoamérica.

A mayor abundamiento, algunos autores definen a la potestad tributaria como la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción

(Giuliani Fonrouge: 2003); la facultad propia del Estado para crear tributos (Sáinz De Bujanda: 1979); la facultad del Estado por virtud de la cual puede imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas (De la Garza: 1993); el poder jurídico del Estado para establecer las contribuciones forzadas, recaudarlas y destinarlas a expensar los gastos públicos (Rodríguez Lobato: 2002); la posibilidad jurídica del Estado de establecer y exigir contribuciones (Venegas Álvarez: 2011); la posibilidad de imponer mandatos que resulten en la obligación de pagar contribuciones al Estado (Álvarez Alcalá: 2010); y la capacidad del Poder Legislativo para establecer tributos (Ríos Granados: 2007).

En una primera aproximación, la potestad tributaria encuentra su fundamento teórico y político en el concepto de soberanía, en el entendido de que la imposición de contribuciones deriva del poder del Estado para ejercer derechos de dominio sobre las cosas y personas que en él se encuentran, mediante el establecimiento de preceptos coactivos y actos de administración. Bajo esta tónica, la potestad tributaria —o poder de imperio— es un ejercicio directo de soberanía.

Esta concepción de potestad tributaria vinculada a la idea de soberanía fiscal se modifica a la par del constitucionalismo y la consolidación de la idea de Estado democrático de derecho, que pone en crisis el concepto mismo de soberanía y hace replantear el fundamento del poder de imperio del Estado para la imposición de tributos.

En el Estado moderno de derecho el fundamento jurídico de la potestad tributaria deriva directamente de la Constitución, la cual dispone, a la sazón de diversos principios materiales de justicia tributaria (reserva de ley, capacidad contributiva, igualdad tributaria, destino al gasto público, generalidad, no confiscatoriedad, etcétera), la forma en que los órganos del poder público detentan y ejercen la función de crear y cobrar contribuciones. Así, la noción de potestad tributaria deja de ser un ejercicio de la supramacía del Estado para convertirse en una facultad constitucional de corte democrático. Tan es así que actualmente la mayoría de los textos constitucionales (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela, por mencionar algunos) disponen de forma expresa que no puede haber tributo que no esté contenido en ley.

Por lo anterior conviene distinguir entre la potestad normativa tributaria y la potestad tributaria. En el primer caso, se hace referencia a la facultad que tiene la función legislativa de establecer contribuciones a través de un proceso de creación de leyes formal y materialmente hablando; mientras que en el segundo se hace alusión a las facultades del Poder Ejecutivo, en especial de la administración tributaria, para la gestión y el cobro de tributos.

En este sentido, la *potestad normativa tributaria* es el acto concreto de confección del tributo a cargo del legislador, que se expresa con el aforismo *nullum tributum sine lege* (no hay tributo sin ley). Además, un aspecto de vital trascendencia es que el proceso legislativo para la imposición de tributos inicia en la cámara baja o cámara de diputados, derivado del principio básico habitualmente conocido con el aforismo anglosajón *no taxation without representation* (no

hay tributo sin representación), inspirado en la representación del pueblo en el quehacer legislativo, el cual reafirma la razón política de la ley tributaria como expresión de la voluntad general.

Por su parte, la *postestad tributaria* se puede entender como el conjunto de facultades que por ministerio de ley detentan determinados órganos de la administración para determinar, liquidar, recaudar y gestionar los tributos, así como para comprobar el cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente.

En otras palabras este tipo de potestad tributaria implica que los autoridades de la Administración Tributaria, con ayuda de la ley, pueden exigir a los sujetos que se encuentren dentro de los supuestos de hecho establecidos en ésta, el cobro de las contribuciones que le son debidas. Para ello, debe comprobar si en realidad se han producido los hechos que generan la obligación tributaria, señalar la cuantía del crédito fiscal y/o verificar si las prestaciones realizadas por el contribuyente se encuentran ajustadas a la ley.

Israel Santos Flores

Preámbulo constitucional

Los preámbulos son los textos introductorios que preceden al articulado de un documento normativo y en ellos el autor de la norma expone las razones por las cuales esta ha sido aprobada así como su finalidad. En un Estado de derecho todos los poderes públicos han de motivar sus decisiones y el legislador ni puede ni debe ser una excepción. Esto es algo que ya fue advertido por Platón quién advirtió la necesidad de que las leyes fueran motivadas. Ni siquiera el Poder Constituyente escapa a esta exigencia de motivación. Desde esta óptica, los preámbulos constitucionales son los textos que preceden al articulado constitucional, y cumplen una triple función política: a) por un lado recogen y expresan la síntesis de la decisión política fundamental (C. Schmit) adoptada por el Poder Constituyente; b) por otro lado, recogen también el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución (P. Lucas Verdú, R. Canosa); c) finalmente, son un instrumento fundamental para la integración política R. Smend).

Desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, los preámbulos de las Constituciones revisten una importancia fundamental puesto que pueden y deber ser utilizados a la hora de interpretar cualquier disposición del articulado. En este sentido, precisamente porque recogen los fines u objetivos que la Constitución persigue, son un instrumento fundamental para la interpretación teleológica de un texto constitucional determinado. Esta función hermenéutica es la que permite resolver el interrogante acerca del valor normativo de los preámbulos constitucionales.

Ello nos exige partir de un determinado concepto de normatividad, y ver si este es predicable o no de los preámbulos. El concepto de normatividad nos exige, a su vez, distinguir entre disposición y norma (J. Wrobleski). Los actos normativos —entendiendo por tales, aquellos actos lingüísticos realizados por órganos competentes que pronuncian enunciados con finalidad prescriptiva— dan lugar a documentos normativos- textos que contienen reglas jurídi-

camente obligatorias. Un documento normativo es, por tanto, un conjunto de enunciados con finalidad prescriptiva resultantes de un acto normativo. Cada uno de esos enunciados es una disposición. Toda disposición se entiende así como la fórmula institucionalmente destinada a establecer y manifestar por medio de su interpretación, la norma. Disposición y norma son conceptos y realidades distintas. La primera es la formulación lingüística de la segunda. Una disposición, por tanto, puede contener varias normas, y a la inversa, una norma puede ser expresada mediante varias disposiciones.

Los preámbulos constitucionales contienen disposiciones que forman parte de los textos constitucionales porque se encuentran ubicados tras la fórmula promulgatoria y son discutidos, enmendados y aprobados como un artículo más. Ahora bien, ¿es posible extraer normas jurídicas de las disposiciones de un preámbulo constitucional? Las disposiciones del preámbulo por sí solas no son fuente de derecho objetivo, es decir no se puede extraer normas sólo de ellas. De las mismas no cabe extraer derechos ni deberes para los ciudadanos o los poderes públicos. Los preámbulos no son aptos para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. Ello quiere decir que los preámbulos constitucionales carecen de valor normativo directo. Con la única excepción del preámbulo de la Constitución francesa de 1958, ningún preámbulo constitucional tiene valor normativo directo. Sin embargo, las disposiciones preambulares son normativas en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado. Los preámbulos tienen así, como dijimos, un valor normativo indirecto, en cuanto el intérprete puede obtener la norma valiéndose —o combinando— tanto las disposiciones del articulado como las del preámbulo. La diferencia entre una disposición constitucional del articulado y otra contenida en el preámbulo reside en que de la primera cabe extraer una norma sólo de ella, mientras que la preambular necesita siempre ser combinada con una del articulado para permitir al intérprete extraer una norma.

Llegamos así a la función interpretativa de los preámbulos constitucionales. Dado que los preámbulos sintetizan la voluntad del autor de la norma —síntesis que se independiza u objetiva de dicha voluntad—, y en tanto recogen los fines del Poder Constituyente, desempeñan un papel fundamental para la interpretación tanto sicológica como teleológica del texto constitucional. En todo caso, desde un punto de vista estrictamente jurídico, hay que advertir que el intérprete no está vinculado por ningún canon concreto de interpretación.

Un examen del concreto contenido de los distintos preámbulos constitucionales a la luz del derecho constitucional comparado nos permite realizar las siguientes afirmaciones: a) Contienen fórmulas promulgatorias y suelen aludir a la titularidad del Poder Constituyente; b) Proclaman los principios y valores fundamentales del régimen; c) Contienen referencias a los precedentes que originaron la aprobación del texto constitucional, y a las circunstancias políticas e históricas en que se alumbró. Esas referencias revisten mayor importancia en los supuestos de ruptura violenta con el régimen precedente; d) Incluyen la expresión de promesas, auspicios, objetivos para el futuro. De todo ello se deduce que el pasado y el futuro se dan la mano en los preámbu-

los, y de esta forma ponen de manifiesto la continuidad de la unidad política estatal más allá de los cambios políticos que puedan producirse.

Finalmente, en la doctrina jurídica de habla hispana el maestro Nicolás Pérez Serrano (1932) fue quién mejor comprendió el significado y alcance de los preámbulos constitucionales: "En tesis general, y aun cuando alguien crea que el preámbulo constitucional se refiere a hechos históricos, tiene una alta significación, pues es no sólo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a la que precede, y viene a ser algo así como el preludio donde se contienen los motivos capitales de la ley fundamental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entraña el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste".

Javier Tajadura Tejada

Presunción de inocencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El principio de la "presunción de inocencia", como derecho humano, es analizado a la luz de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, como la piedra angular de todo el proceso penal acusatorio; donde toda persona a quien se imputa un delito tiene derecho a considerarse inocente, en tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad, en proceso realizado con todas las garantías previstas en ley, en el que se resuelva con base en pruebas debidamente valoradas que demuestren la culpabilidad del imputado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, contiene el principio fundamental, en el numeral 8.2, donde establece que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". El estudio, no se limita al precepto jurídico, sino que se dirige al contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, donde se realizaron pronunciamientos, sobre la "presunción de inocencia" como derecho humano de toda persona inculpada.

Como *garantía judicial*, en el caso Suárez Rosero *vs*. Ecuador, la Corte Interamericana ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. En el mismo tenor, se afirmó en el caso Ricardo Canese *vs*. Paraguay, y señaló: que el *derecho a la presunción* de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del *derecho a la defensa* y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad y quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

La *presunción de inocencia*, concebido como principio *in dubio pro* reo, y se desprende del caso Cantoral Benavides *vs*. Perú, donde la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

La presunción de inocencia y la *medida cautelar de la prisión preventiva*, no debe exceder de la pena impuesta por el delito que se procesa. El dictamen de la Comisión del 1o. de marzo de 1996, de Jorge A. Jiménez vs. Argentina. La prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del *principio de presunción de inocencia* reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana. También obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de "establecer su culpabilidad". El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforme en fin. En el caso presente, la privación de libertad prolongada sin condena del señor Jiménez es una violación de su derecho de presunción de inocencia, garantizado por el artículo 8.2 de la Convención.

El caso Barreto Leiva *vs*. Venezuela, sobre el plazo razonable de la prisión preventiva (artículo. 7.5) y presunción de inocencia (artículo 8.2), la Corte señaló que el principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

La vinculación del principio del *debido proceso* y la presunción de inocencia; en la pronunciación de la Corte Interamericana, en el Caso Riebe Star, que implicaba la expulsión sumaria de México de religiosos extranjeros, la Comisión Interamericana mantuvo que las protecciones estipuladas en el artículo 8.1 son de aplicación en los procesos de deportación. Sopesando la gravedad de la privación en cuestión, la Comisión concluyó también que no todas pero si algunas de las salvaguardas relativas al debido proceso en causas penales establecidas en el artículo 8.2 de la Convención deberían garantizarse en los procesos de deportación. Del abanico de garantías del artículo 8.2, la Comisión escogió el derecho de ser asistidos a ejercer su derecho la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se

les formulan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo para preparar sus alegatos y formalizarlos y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.

El Comité de Derechos Humanos, en la observación general, se señaló que el derecho a la presunción de inocencia, exige que los jueces y jurados se abstengan de prejuzgar el asunto, y se aplica igualmente a todos los demás funcionarios públicos. En consecuencia, las autoridades públicas, especialmente los fiscales y la policía, no deben hacer declaraciones sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado antes de que concluya el juicio.

Los diferentes constructos, que ha elaborado la Corte Interamericana y la Comisión, por medio de jurisprudencia, consultas o recomendaciones del principio fundamental de la presunción de inocencia, permitió ampliar el espectro de protección del individuo; como garantía judicial, como derecho a la defensa, como regla de tratamiento durante todo el proceso, como principio *in dubio pro reo*, como violación del principio de presunción de inocencia en la medida cautelar de prisión preventiva, como principio del debido proceso, y al trato de inocente y no hacer juicios apriorísticos, lo que nos lleva a tener una visión más amplia de la presunción de inocencia.

Isidro Mendoza García

Presunción de inocencia (general)

La presunción, proviene del latín *praesumptĭo*, que a su vez es derivado de *praesumo*, la cual significa: tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa pero que tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes.

El término "presunción de inocencia", concebido como derecho y principio fundamental, tiene su origen remoto en el Digesto, donde se estableció: *Nocetem absolvere satius est quam inocentem damniri*, es decir, es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. La evolución del principio, permitió adoptarlo en la Revolución Francesa, con el pensamiento penal ilustrado contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 13, textualmente señala: "Se presume que todo hombre es inocente hasta que es declarado culpable". Se infiere que la presunción de inocencia, tiene por objeto, proteger y preservar la libertad de las personas, para hacer frente a un sistema penal inquisitivo.

El principio de presunción de inocencia, fue adoptado en varios ordenamientos internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14.2; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, artículo. 8.2; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo 26.1; y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 23 de noviembre de 1950. Las conclusiones del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derechos Penales (AIDP) celebrado en Hamburgo en 1979, incluyeron la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal. Además la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.1 de 10 de diciembre de 1984, que *ad li-*

teram señala: "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad".

La presunción de inocencia, se ha instaurado como un principio fundamental en los Estados democráticos de derecho; en su conceptualización ha ganado terreno en su protección y ha adoptado varios significados: como regla probatoria; como medio de prueba; como principio informador de todo el proceso; como regla de tratamiento del imputado; como presunción *iuris tantum;* y, como principio *in dubio pro reo.*

Como regla probatoria: impone a la parte acusadora la carga de probar la culpabilidad del acusado; ello obliga a desplegar durante el proceso un esfuerzo probatorio suficiente de cargo encaminado a acreditar dicha culpabilidad o establecer que la presunción de inocencia de la que goza todo inculpado en un proceso penal ha quedado incólume. El principio *onus probando*, sobre el Estado recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad al imputado; éste no tiene la obligación de "probar su inocencia", dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino que debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

La presunción como medio de prueba: contemplada como una actividad mental del juzgador (presunción judicial) o del legislador (presunción legal), a partir de la idea de que la presunción no es una inversión de la carga de la prueba (la carga de la prueba, la prueba del hecho presunto, correrá a cargo de aquél a quien perjudique que el juez no lo fije formalmente en la sentencia), ni un desplazamiento del objeto de la prueba (en realidad será una duplicación del objeto de la prueba, que para destruir la presunción será necesario probar la falsedad del hecho presumido).

Como principio informador de todo el proceso: la presunción como exigencia, es contemplada como un juicio previo a toda privación de derechos, relacionada con la garantía del *debido proceso legal*. La presunción de inocencia y debido proceso legal, son conceptos que se complementan, y que traducen la concepción básica que el reconocimiento de culpabilidad no sólo exige la existencia de un proceso, sino sobre todo de un proceso "justo", en el cual la confrontación entre el poder punitivo estatal y el derecho a la libertad del imputado sea en términos de equilibrio.

Como regla de tratamiento del imputado: todos los derechos del imputado tienden a resguardar su persona y su dignidad, asegurándose su calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. El propósito es proteger la calidad jurídica del imputado respetando su derecho de "presunción de inocencia", mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento, hasta la relación judicial que emite un juez.

Como presunción *iuris tantum*: en cuanto tal, la presunción de inocencia; determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación

pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el juez o tribunal, en creación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso. La presunción de inocencia, versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, una presunción *iuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria de carga producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

La presunción de inocencia, como principio *in dubio pro reo*; el cual interviene en el ámbito probatorio, en el momento final de la valoración de las prueba involucrada un conflicto subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el inculpado y acusador, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculpado ante la duda razonable, haciendo valer en el momento procesal, el principio de la presunción de inocencia.

Derivado de las acepciones; tanto políticas como jurídicas de la presunción de inocencia, como derecho fundamental, desde su origen y hasta que es adoptado en los ordenamientos de los Estados democráticos de derecho, se ha ampliado el espectro de protección de los individuos, para tratarlo y considerarlo como inocente en todos los actos de la intervención del Estado; bajo el *ius puniendi*, principio que permite contrarrestar la limitación del derecho humano de la libertad.

Isidro Mendoza García

Presupuestos procesales de fondo

Para efecto de fijar los antecedentes de los que derivan los presupuestos procesales de fondo, se hace remisión a la definición de presupuestos procesales de forma.

Los presupuestos procesales de fondo, a los que también se les conoce como condiciones de la acción o como presupuestos procesales materiales, son aquellas condiciones necesarias que propician la emisión de una sentencia, es decir, para que una pretensión procesal hecha valer con la demanda, sea objeto de pronunciamiento por el juez; se refieren a la cuestión sustancial debatida y a las excepciones propiamente dichas. Su falta impedirá al juez pronunciarse sobre el fondo de litigio, generándose de esta forma lo que en la doctrina se conoce como sentencia inhibitoria.

Existen dos teorías en cuanto a la naturaleza jurídica de los presupuestos procesales de fondo, la primera es sostenida por los tratadistas Chiovenda, Alsina, Devis Echandía y Vescovi, quienes señalan que están conformados por los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y además son los requisitos que el juez debe examinar y establecer en su decisión final para que el demandante pueda obtener una sentencia favorable y deben emitirse por el juez al momento de pronunciar la sentencia. Esta teoría acepta tres presupuestos: a) el derecho; b) legitimidad para obrar; y, c) interés para obrar. Sostiene que éstos deben ser verificados por el juez al momento de emitir sentencia.

La segunda teoría contempla dos categorías: a) la legitimidad para obrar y, b) el interés para obrar. Sostiene que éstas pueden ser objeto de revisión en varios y determinados estadios del proceso, ya sea al calificar la demanda, al resolver las excepciones y excepcionalmente al emitir sentencia.

Entre este tipo de presupuestos conviene destacar, el interés para accionar y la legitimación *ad causam*, que constituyen los requisitos de existencia de la acción y deben ser establecidos en juicio preliminarmente al examen del fondo al ser las condiciones esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de la litis del juicio, pues puede suceder en que las mismas, son la solución del juicio sobre el fondo.

En esta clasificación igualmente se puede ubicar a la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, es decir, la voluntad de la ley; la legitimidad para obrar; el interés para obrar; y algunos autores incluyen, que la pretensión procesal no haya caducado, así como la ausencia de cosa juzgada, la litispendencia, transacción, desistimiento y la correcta acumulación de pretensiones.

No debe confundirse el interés para la acción, con el interés sustancial, pues mientras que el primero es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la pretensión solicitada, el segundo, es el que corresponde a un interés primario que tiende a la protección para la cual se ejercitó el derecho.

Sin el cumplimiento de esa condición rigurosamente procesal, el tribunal no podrá emitir sentencia a su favor, aun cuando su pretensión sea fundada, no podrá ser acogida por ausencia de un presupuesto, condición o requisito, impuesto por la ley para su reconocimiento.

También se encuentra considerada en dicha clasificación, la invocación del derecho, cuando ella es indispensable y la producción de la prueba cuando se tiene sobre sí la carga de la misma, son presupuestos procesales de una sentencia favorable.

No obstante lo anterior, dado el carácter formal de los presupuestos procesales debe advertirse que puede entrar en contradicción con el derecho fundamental de tutela efectiva. Dentro de esta perspectiva la problemática de los presupuestos procesales debe manejarse con un criterio de sustancialidad, es decir, que como toda ley procesal moderna que se aprecie de serlo, uno de los aspectos en donde la regulación más debe cambiar es en cuanto a los presupuestos procesales, tanto en los que afecten al órgano jurisdiccional como en los relativos a las partes, no tanto porque los conceptos hayan variado, sino en cuanto a dotar de regulación en donde no lo hay, casos muy específicos, y por adaptar la existente a las nuevas concepciones e ideas del procesalismo constitucional contemporáneo.

La ausencia de los presupuestos procesales formales, tiene como consecuencia que el juicio esté viciado; lo cual en la mayoría de los casos, puede ser subsanable; pero no sucede lo mismo, respecto de los presupuestos procesales de fondo.

Finalmente, atendiendo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cabría la posibilidad de flexibilizar la rigidez que hasta ahora

ha permeado en torno a los presupuestos procesales en aras de una pronta y completa impartición de la justicia con respeto de los derechos humanos que puedan verse involucrados.

José Armando Martínez Vázquez

Presupuestos procesales de forma

Los presupuestos procesales son aquellos requisitos previos e imprescindibles para la existencia del proceso, sin los cuales no puede iniciarse válidamente un juicio. En términos generales son las condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito; cuyas medidas sustanciales son las garantías constitucionales de la tutela efectiva y el debido proceso.

Se trata de los conceptos más complejos dentro del ámbito procesal, puesto que han sido analizados y definidos desde distintos puntos de vista, con lo que se han generado sendas apreciaciones.

La doctrina ha señalado predominantemente que los presupuestos procesales son la presentación de la demanda en forma, la competencia del juez y la capacidad procesal de las partes.

La teoría de los presupuestos procesales fue propuesta por Von Bülow en el año de 1868, quien hizo una distinción entre excepción y presupuestos procesales, entendiéndose como supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal. También señala que no puede dejarse su control exclusivamente a las partes, sino que debe involucrarse al juez, extendiendo tal prioridad a los presupuestos materiales para la sentencia de fondo, sin disminuir el derecho de las partes para denunciar los defectos que observen. A pesar de la lejanía temporal, tanto la construcción como la expresión señaladas por dicho autor siguen teniendo, en lo sustancial, plena vigencia en la doctrina moderna.

Al respecto, Giuseppe Chiovenda los define como las condiciones para que se consiga un pronunciamiento favorable o desfavorable, sobre la demanda; y afirma que para ello, es necesario que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción que sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla.

Piero Calamandrei, por su parte los explica como los requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda, esto es, las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión; señalaba que se debía eliminar la categoría conceptual de inexistencia en el campo de los presupuestos procesales, ya que su efecto en caso de ausencia no es la inexistencia sino la de hacer desaparecer en el juez el poder-deber de proveer sobre el mérito, mientras se mantenga el poder-deber de declarar las razones por las cuales considera que no puede proveer. Sólo dentro del proceso el juez puede pronunciarse sobre la ausencia de un presupuesto como la capacidad para ser parte, lo que supone su existencia.

Couture estima que los presupuestos procesales son: la proposición de una demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción y las partes que se

presenten como sujetos de derecho. Por su parte Becerra Bautista considera la presentación de una demanda formal y substancialmente válida, por un sujeto de derecho, ante un órgano jurisdiccional y frente a otro sujeto de derecho, teniendo los tres capacidad procesal y el juzgador además jurisdicción.

Rosenberg anotaba que los presupuestos atañen a la totalidad de la admisibilidad del proceso, pero no debe concluirse que sin estos no puede existir proceso.

Para Garrone, los presupuesto procesales deben ser entendidos como principios rectores del proceso, como las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal.

Por su parte, James Goldschmidt, sostiene que la ausencia de los presupuestos procesales no impide el nacimiento del proceso, ya que el pronunciamiento acerca de su omisión se hace dentro del instrumento proceso.

En materia procesal constitucional, se entiende por presupuestos procesales, aquellas condiciones necesarias para que tenga validez y existencia jurídica el juicio constitucional que se instaure.

Doctrinalmente se ha destacado que algunos países han implementado en sus legislaciones, mecanismos para subsanar la falta o deficiencia de los presupuestos procesales, tales como el despacho saneador en el derecho brasileño o la audiencia preliminar establecida en los ordenamientos angloamericanos, que tienen como finalidad subsanar las irregularidades destacadas ya sea por las partes o bien advertidas por el propio juzgador, con el objeto de que una vez que el asunto se encuentre en estado para resolver, pueda decidirse el fondo de la controversia.

El proceso tiene como finalidad dar la razón a quien la tiene, es por lo que debe garantizarse para las partes, la posibilidad de defender las propias razones en igualdad de circunstancias en un ámbito equitativo e imparcial, para conseguir la satisfacción de las pretensiones; y los presupuestos procesales, constituyen los requisitos de validez de la relación procesal, cuya ausencia ocasiona la invalidez del proceso y la imposibilidad para el juez de entrar al examen del fondo del asunto; por tanto, no solo pueden ser aducidos por las partes (como excepciones) sino también por el tribunal del conocimiento, *ex officio*.

En la doctrina encontramos una serie de clasificaciones en torno a los presupuestos procesales, pero para los fines del desarrollo del presente diccionario, se hará referencia sólo aquella que los clasifica en formales y de fondo.

Conviene distinguir entre los presupuestos procesales formales de los presupuestos procesales de fondo, siendo los primeros, aquellos que miran al ejercicio de la acción procesalmente considerada, a la iniciación del proceso y al procedimiento e impiden que haya sentencia; los últimos, contemplan cuestiones de fondo y fijan el alcance del sentido del fallo decisorio.

Dentro de los presupuestos procesales formales, para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida como el derecho subjetivo a la obtención de un proceso, encontramos: la competencia del juez para conocer del negocio; la capacidad jurídica y la capacidad procesal o legitimación *ad processum*

(al ser la aptitud para comparecer personalmente en el proceso, y que está vinculada con la capacidad de ejercicio y la capacidad de obligarse y que no se encuentren en las circunstancias de incapacidad absoluta o relativa.); los requisitos de forma de la demanda (al ser el medio procesal necesario para accionar y hacer valer las pretensiones procesales, misma que debe reunir los requisitos formales previstos por la legislación correspondiente); la ausencia de impedimentos que deriven de la litispendencia o de compromiso, las citaciones y emplazamiento, el cumplimiento de los trámites procesales, en el orden establecido por la ley para cada proceso, la vía; es así, pues constituyen un mínimo necesario para que el juicio exista y tenga validez formal; de ahí el nombre de su clasificación, por ser supuestos previos al juicio, sin los cuales no podría suponerse el mismo.

La falta de competencia, se denuncia mediante la excepción de incompetencia, la incapacidad de las partes o la defectuosa representación, mediante la de falta de personería; la ausencia de formas en la demanda, mediante la excepción de defecto formal en el modo de preparar la demanda, etcétera; sin embargo, los presupuestos procesales no necesitan forzosamente la oposición de la excepción al ser facultad y obligación del juez analizarlos oficiosamente, además, de que existen numerosas excepciones que no corresponden a la falta de presupuestos procesales.

José Armando Martínez Vázquez

Principio de armonización concreta

El principio de armonización concreta, encuentra su raíz, entre otras, en una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-425 de 1995), en la cual, el Alto Tribunal resolvió una colisión entre el derecho al trabajo de una expendedora de licor quien ejercía lícitamente el oficio amparada por una licencia de funcionamiento en su local, situado en inmediaciones de una estación de gasolina, y el derecho a la vida e integridad física del dueño y de los empleados de la gasolinera, amenazados por el peligro que representaba el consumo de cigarrillos al lado de los tanques de gasolina por parte de la clientela de facto que se formaba frente a la licorera. Analizadas las circunstancias concretas del caso, la Corte armonizó el ejercicio de los derechos al trabajo y a la vida en el sentido de ordenar a la demandada abstenerse de vender licor que fuera a ser consumido en la calle.

Hernán Alejandro Olano García

Principio de celeridad

El principio de celeridad tiene especial importancia y está presente en todos los procesos civiles, penales, administrativos, mercantiles, laborales y constitucionales.

Cobra mayor importancia en los procesos constitucionales, pues tienen por objeto la defensa de la parte orgánica y de los derechos y libertades de la Constitución.

Las pretensiones constitucionales, por razón de la materia sobre que recaen, requieren de especial y rápida solución. Entran en juego la organización de los poderes y los derechos y libertades fundamentales.

Permea casi a todos los actos procesales del juicio para su acelerado y adecuado funcionamiento. Por ejemplo se establecen: plazos cortos y fatales que propician el avance del proceso; el impulso oficial del juez, que lo obliga a proveer de oficio sobre el trámite siguiente al evacuado; la oralidad como principal medio de comunicación con el juez constitucional; la concentración en las audiencias de los actos procesales, y la inmediación para una más rápida y mejor decisión del proceso; normas que eviten crisis procesales, tales como incidentes, traslados, suspensiones e interrupciones procesales.

Se complementa con el principio de economía procesal que requiere para el proceso constitucional ahorro de tiempo, energía y dinero.

La celeridad jamás puede funcionar en detrimento de la garantía constitucional de la seguridad. El proceso debe ser rápido porque justicia tardía no es justicia; pero ésta celeridad no puede impulsar al juez a una precipitada sentencia en la que se sacrifique la justicia. Por lo que es preciso un equilibrio adecuado entre celeridad y justicia.

Iván Escobar Fornos

Principio de concordancia práctica

El principio de la concordancia práctica o de coherencia lógica del orden, se conoce también como principio de la "compensación menos gravosa". Íntimamente ligado con el principio de unidad constitucional se encuentra este principio, según el cual, se postula que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad, a través de la ponderación coherente y proporcional de valores o bienes, donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo, se debe respetar el núcleo duro del de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente sólo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

Como dice Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) "…con este principio se pretende "optimizar" la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Por ejemplo, en las relaciones entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de información, o entre los principios de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el "sacrificio" de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de "ponderación" de valores o bienes constitucionalmente protegidos es importantísima en la interpretación constitucional".

Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1992) dice que este principio "…exige del intérprete que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe (…)

realizar el uno a costa del otro. En otros casos, se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima".

El doctrinante panameño Arturo Hoyos (*La interpretación constitucional*, 1993), afirma que según este principio "…los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados y ponderados en un momento dado, y frente a un caso concreto el juez constitucional tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas de la Constitución… y frente a un caso concreto en que se presente un conflicto el juez debe hacer una ponderación a fin de establecer prioridades".

Mientras que el boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005) en su momento, como magistrado del Tribunal Constitucional de su país, explica que "este principio se aplica para resolver aquellos casos en los que se presenta un conflicto de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales proclamados por la Constitución. Así por ejemplo, un conflicto entre el derecho a la intimidad o la privacidad frente al derecho de información o libertad de expresión; o el caso de la vida de un embrión o feto frente al derecho a la vida, la salud o la dignidad de la madre en los casos de embarazos emergentes de delitos sexuales".

Por su parte, el peruano Edgar Carpio Marcos (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que "…este principio presupone que en caso de colisión de bienes constitucionales, esos "conflictos" …no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino del modo que de mejor forma resulten ambos optimizados. El juicio de concordancia práctica exige (imposición positiva) que el punto de equilibrio sea aquel en que los dos principios alcanzan su máximo grado de realización".

Hernán Alejandro Olano García

Principio de conservación de la norma

Toda Constitución tiene una vigencia indeterminada, pues se emite con el propósito de estar en vigor hacia futuro, considerándose que ninguna práctica o desuso la puede derogar, salvo la utilización de algún mecanismo de los previstos para su reforma, particularmente en el caso colombiano, de una nueva Asamblea Nacional Constituyente. En virtud de este principio, aunque ésta no sea acatada por quienes están obligados a obedecerla y se realicen actos que la contradigan, debe entenderse que sigue en vigor. No hay tiempo ni desuso que dispense su observancia.

El principio normativo conservacionista o de la conservación del derecho o de legalidad, otorga este preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución. También se le conoce como "principio hermenéutico de la interpretación del derecho" y consiste en que la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexequibilidad, cuando existe, por lo

menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional.

De ser así, dice Edgar Solano González (*Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, 2000), …el juez de la carta se encuentra en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve, al máximo la voluntad del legislador. Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular del siguiente modo: "El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexequibilidad de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución" (Sentencia C-100 de 1996).

A toda autoridad sólo le es permitido actuar en lo que tiene atribuido expresa o implícitamente; mientras que a los particulares se les permite actuar en todo lo que no tienen prohibido; tratándose de derechos humanos, sólo serán limitantes válidas las que dentro de los estados de excepción no los desconozcan y, tratándose de otro tipo de derechos, serán las que determinaren las leyes.

Este principio ha sido reconocido en Colombia en numerosísimos fallos de la Corte Constitucional y, según este principio, el tribunal constitucional colombiano, para el caso, debe preservar al máximo la ley y sólo cuando la norma sea abiertamente contraria a la carta, se ha de declarar inexequible. Si hay una lectura conforme y otra no de la ley frente a la carta, debe al máximo preservarse la ley.

La profesora Bernardita Pérez Restrepo (*Módulo sobre derecho constitucional*, 1994), sobre el particular ha dicho que "este principio cobra valor según que las decisiones de los jueces estén determinadas por conflictos normativos más o menos claros. Según que versen sobre asuntos procedimentales o sustantivos de la Constitución…

La interpretación conforme a la Constitución asegura no sólo la libertad de decisión del Congreso, sino que evita vacíos normativos traumáticos en el principio de conservación de las normas.

Este principio se deduce de la presunción de constitucionalidad en la cual se amparan los actos de los órganos del poder público y de la función de estabilidad que cumple la Constitución dentro de un ordenamiento jurídico. La Constitución no quiere derogar en bloque las normas que le preceden y tampoco quiere que las normas infraconstitucionales posteriores a su expedición sean desechadas cuando sea posible interpretarlas de conformidad con sus directrices...".

En cuanto a la aplicación práctica de este principio de conservación normativa, quiero citar por ejemplo, la sentencia C-320 de 1997 (Sentencia C-320 de 1997), la cual, en el caso de la transferencia del contrato o "pase" de los jugadores de fútbol, quiso conservar una norma en el ordenamiento y se explicó y exhortó al legislador que cuando se habla de venta y préstamo de jugadores, sólo se ha de hacer referencia al contenido económico del contrato y no a las personas.

"Así entendidos los derechos deportivos, esto es, como una relación entre los clubes que en principio no afecta las posibilidades laborales de los jugadores, la Corte considera que la figura no pugna con la Constitución, pues nada se puede objetar a que la ley y los reglamentos de las federaciones prevean mecanismos para equilibrar la competencia deportiva, y compensar los gastos de formación y promoción en que haya incurrido un club, en relación con un determinado deportista".

Por su parte, debemos agregar, según Aragón Reyes (*Interpretación constitucional*, 2005), que la noción de control, utilizada para explicar este principio, es muy antigua, aunque la palabra es muy joven, pues data apenas de hace seis o siete siglos. La palabra "control" proviene del término latino-fiscal medieval contra rotulum y de ahí pasó al francés contre-role (contróle), que significa, literalmente, "contra-libro" es decir, "libro-registro", que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de "fiscalizar", "someter", "dominar", etcétera.

Aunque suele decirse que en el idioma inglés "control" se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a "comprobación", lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa "mando", "gobierno", "dirección", pero también "freno" y "comprobación"; en francés, "registro", "inspección", "verificación", pero también "vigilancia", "dominio" y "revisión"; en alemán (Kontrolle), "comprobación", "registro", "vigilancia", pero también "intervención", "dominio" y "revisión"; en italiano (controllo), "revisión", "inspección", "verificación", pero también "vigilancia", "freno" y "mando". El Diccionario de la Real Academia Española otorga a la palabra los siguientes significados: "inspección", "fiscalización", "intervención", "dominio", "mando", "preponderancia".

Hernán Alejandro Olano García

Principio de conservación del derecho

Este principio pretende la conservación de la propia Constitución, pero también procura la permanencia del derecho infraconstitucional, primordialmente de la ley. Ello se debe a que ésta aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: el poder legislativo elegido periódicamente por sufragio universal.

En la medida en que el juez constitucional debe interpretar y aplicar el texto constitucional a los efectos de decidir la validez de una ley aprobada por el legislador, surgen inevitablemente una serie de consideraciones que están

ausentes (o que no operan del mismo modo) en otros ámbitos de aplicación del derecho. Al desglosar y precisar esta directiva, es oportuno señalar que una adecuada estimación del valor de la democracia debe llevar al órgano de control constitucional a actuar con mayor cuidado al momento de decidir si una ley debe declararse inconstitucional, por lo que debe partir de una actitud de confianza hacía el legislador, que implica que él, al aprobar una ley, ha realizado una determinación preliminar acerca de la cuestión constitucional que es relevante para regular determinada materia.

En virtud del principio en estudio se hace necesario agotar todas las posibilidades que permitan mantener la disposición normativa impugnada en toda su vigencia. Ello implica preferir aquella decisión que, manteniéndose dentro de los límites constitucionales, permita preservar la obra del legislador, en lugar de aquella que declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su eliminación del ordenamiento jurídico. De esta forma se combina el control de constitucionalidad, y la supremacía de la Constitución que lo justifica, con la majestad democrática de la ley, en otras palabras, se armoniza principio de constitucionalidad con principio democrático (Raúl Canosa Usera, 2002).

Este principio está directamente relacionado con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica y de la necesidad de impedir vacíos normativos. A este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador, más bien se trata de mantener el máximo de aquello que él ha querido. Por tanto, antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en la vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución.

Pero el esfuerzo interpretativo por salvar la constitucionalidad de la ley, y la idea de que sólo se procederá a su invalidación como último recurso, no se puede entender en el sentido de que el mantenimiento de una disposición permita lesionar la Constitución, ya que cuando no hay duda acerca de cuál es la norma que el legislador quiso expresar en el texto legal, y esa norma es incompatible con la Constitución, el juez constitucional debe emitir una sentencia que declare su invalidez, garantizando así el orden elemental que anima al sistema jurídico, en donde la Constitución tiene una prevalencia jerárquica con respecto al resto de las normas jurídicas.

El deber de conservar hasta donde sea posible la obra del legislador se hace patente en las sentencias de los tribunales o cortes constitucionales. Estos órganos jurisdiccionales han comprendido la importancia del principio en estudio y el necesario empleo que debían hacer de él para no vaciar de contenido la propia Constitución y, a la par, evitar en la medida de lo posible el desmantelamiento del orden jurídico que supondría su acción indiscriminada de anular la legislación infraconstitucional que mínimamente pudiera ser interpretada en sentido distinto al de la carta magna.

Críticos con el principio de conservación de normas han manifestado que, en realidad, cuando un tribunal constitucional procede a esta fórmula ya ha decidido sobre la constitucionalidad del precepto. Así, en puridad, no se conserva nada, sino que el tribunal se limita a justificar su renuncia a la declaración de nulidad o invalidez (H. P. Prümm, 1977). Asimismo, se ha dicho que la absolutización del principio de conservación de normas ha pro-

vocado la duda de que el tribunal constitucional, en lugar de asumir un *habitus* mental y un instrumento metodológico acuñado al criterio-guía de "lealtad" al texto de la ley, que deberá asistir a cada intérprete, finalice elaborando una "nueva norma", forjándola de una "reconstrucción del material normativo preexistente a la luz de su necesaria referencia a los preceptos constitucionales", y con él la sobrepone finalmente a la disposición objeto de su juicio (Gaetano Silvestri, 1985); o bien, desde hace algunos años se ha desarrollado una doctrina que sostiene que la interpretación conforme, más que una herramienta de conservación de normas, es una herramienta de control sobre la constitucionalidad de la norma enjuiciada y la aplicación que de esta norma realizan los tribunales ordinarios (F. Müller, 1997, J. Burmeister, 1969, y K. A. Bettermann, 1986).

Esta postura doctrinal llama la atención porque lo que puede estar sucediendo es la implantación del gobierno de los jueces, especialmente de los jueces encargados del control de constitucionalidad, pues mediante sus sentencias "clarifican" lo que en su momento dijo el legislador y en algunos casos ordenan a los demás operadores jurídicos cómo y en qué sentido deben ser aplicadas las leyes, *so pena* de la declaración de inconstitucionalidad de la disposición y, en consecuencia, de la nulidad o invalidez de sus actuaciones.

El principio de conservación de la ley, entendido en un sentido estricto, implica que mediante el uso de las sentencias interpretativas el juez constitucional señale qué interpretación o interpretaciones son contrarias a la Constitución, en lugar de señalar cuál es la interpretación o interpretaciones constitucionales. Y ello, porque si se establece cuál es la interpretación conforme (o correcta) se restringe el campo de las interpretaciones admisibles, ya que pueden existir o surgir en el futuro otras interpretaciones no consideradas por el tribunal, y que sin embargo sean perfectamente admisibles constitucionalmente. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica, la mayoría de los tribunales constitucionales actúan en el sentido opuesto, indicando cuál es la interpretación correcta, aunque existen excepciones como el caso de la corte constitucional italiana.

En la práctica, cuando las circunstancias lo permiten y cuando ello se ha considerado conveniente, los tribunales constitucionales emplean el principio de conservación del derecho eliminando sólo algunas partes textuales de la disposición impugnada. La causa de este proceder se sustenta en que los intérpretes supremos de la Constitución consideran que deben buscar una adecuación de la disposición impugnada con la Constitución y eliminar sólo aquellas porciones que estén en franca y evidente contradicción con los preceptos constitucionales, en orden a no afectar las partes no impugnadas o aquellas que carecen de defectos de inconstitucionalidad, todo ello a efecto de salvar el máximo de aquello que el legislador ha creado.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Principio de corrección funcional

El principio de corrección funcional, busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las fun-

ciones constitucionales de algunas de ellas. En consecuencia, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrados por la Constitución, como lo señala Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005). Dice César Landa (*Interpretación constitucional*, 1994) que "…así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general, porque de lo contrario podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial". Por eso, más que un principio, es un criterio usado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), según el cual, "…si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre legislador y tribunal constitucional: puesto que al tribunal constitucional sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que condujese a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo".

Sin embargo, Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que con este principio se trata de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución. *Tiene especial importancia en las relaciones entre el propio Tribunal Constitucional y el legislador.*

Hernán Alejandro Olano García

Principio de efectividad constitucional

Esta regla es desarrollada, entre otros, por Marco Gerardo Monroy Cabra (*La interpretación constitucional*, 2002), para quien supuestas varias interpretaciones posibles de una norma subconstitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas, es decir de las reguladoras de derechos y libertades (interpretación *pro libertate)*, equivalente al *preferrend freedoms* estadounidense.

De acuerdo con este principio propuesto, la interpretación de la carta siempre habrá de enfocarse a buscar la eficacia y/o la efectividad y prevalencia de la norma constitucional (*preferrend freedoms*) y, en este caso, la interpretación ha de elegir la alternativa interpretativa en la cual la norma superior pueda producir efecto.

Hernán Alejandro Olano García

Principio de eficacia integradora de la Constitución

Para el catedrático español Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005), "…la Constitución debe ser un instrumento de "agregación" y no de "desagregación" política de la comunidad. Es algo que no se puede perder de vista

en la interpretación de la misma ante cualquier conflicto. Y agrega: Este principio parte de que si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Se emplea cuando se trata de interpretar normas constitucionales que se refieren al ámbito de funcionamiento de los órganos de poder del Estado, teniendo en cuenta la coordinación e interrelación que deben existir entre ellos para la realización de los fines del Estado y la conservación del orden democrático".

En realidad este principio busca *orientar al intérprete a establecer soluciones hermenéuticas que, por tener conciencia histórica del proceso de cambio en las estructuras socioeconómicas, permiten una constante actualización de la normativa constitucional garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia*, como agrega el jurista boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005).

Mientras que César Landa (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que este principio "…valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales, dentro de la unidad política".

En virtud de este principio de eficacia integradora de la Constitución, uno de los propósitos fundamentales de la Carta fundamental, es lograr la unidad política del Estado y de todos sus componentes, y hacia allá hay que dirigir todas sus decisiones. Este principio, muy conciso, también fue formulado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), para quien "… si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad. Ahora bien, este cometido no habrá sido cumplido correctamente cuando sólo pueda ser alcanzado "a través de vías no estrictamente constitucionales", pues con ello se habrían rebasado los límites de la interpretación constitucional".

Además, éste principio nos lleva a indicar que cuando estén por ser estudiados derechos individuales, éstos deben interpretarse de manera amplia, de tal forma que, más que intentar limitarlos, restringirlos o anularlos, se hagan realidad en los términos en que están consignados en las normas constitucionales y, de ser posible, sean ampliados a favor de los habitantes del país (*favores convenit ampliari*).

Hernán Alejandro Olano García

Principio de interpretación conforme a la constitución (configuración jurisprudencial)

El principio de interpretación conforme a la Constitución recibe un crédito casi unánime en la jurisprudencia, al ser considerado como una necesidad intrínseca de cualquier proceso de carácter hermenéutico.

Se suele señalar que este principio tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que exigía la interpretación de todas las leyes y actos de la administración *in harmony with the constitution*. Sin embargo, esta afirmación hay que matizarla, pues a pesar de que en varios estudios sobre el tema se hace el anterior reconocimiento, en realidad fue el sistema de control constitucional europeo el que ocasionó el cambio de paradigma en cuanto a la configuración de la interpretación conforme tal y como se concibe en la actualidad.

En Europa, fue el tribunal federal suizo quien el 8 de julio de 1908 por primera vez hizo uso de esta técnica al resolver un conflicto de inconstitucionalidad de leyes cantorales. Posteriormente, en reiteradas ocasiones ha enfatizado que en el control abstracto de las normas el tribunal anula una disposición de derecho cantoral solamente si ésta no se presta a una interpretación conforme con la Constitución —en ese sentido puede verse la decisión BGE 109 Ia273, de 9 de noviembre de 1983, considerando 2o.—.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán adoptó muy pronto este principio. Ya en 1953, en la decisión Rec. 2, 266, 282 —asistencia a los alemanes sobre el territorio federal—, introdujo la formulación básica que establece que "una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución, pues no sólo hay una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución […]".

Obviamente el principio de la interpretación conforme no es nuevo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana —el presidente de la corte Gaetano Azzariti desde 1957 ya hablaba del mismo— , y ha sido también utilizado como criterio hermenéutico general por los demás tribunales italianos en el momento de individualizar la norma del juicio y, por tanto, a la hora de verificar si existen o no los presupuestos para elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte —sentencia 138/1983, del Tribunal Administrativo Regional de Basilicata, en *Trib. Amm. Reg.*, 1984, I y sentencia 60/1995, de la Corte di Conti, en *Consiglio di Stato*, 1995, II, entre muchas otras—.

Por su parte, el tribunal constitucional español declaró, desde sus primeras sentencias, que es "necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación" —STC 4/1981, de 2 de febrero, fundamento jurídico 1o.—; y es que "la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas" —STC 58/1982, de 27 de julio, fundamento jurídico 2o.—, pues, "si existen varios sentidos posibles de un norma (*léase disposición)*, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el fundamental —STC 122/1983, del 16 de diciembre, fundamento jurídico 6o.—.

En Latinoamérica, existen también varios tribunales que están empleando esta técnica. Así, entre otros, la Corte Constitucional colombiana, en virtud del artículo 4 de la Constitución, ha entendido este principio "como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución" —sentencia C-100 del 7 de marzo de 1996, fundamento jurídico 10—. Y en otro momento ha sostenido que "la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor coherencia guarden con lo dispuesto en la carta política" —Sentencia C-649 de 2001—.

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, el marco concerniente a la interpretación conforme es el voto del Juez Moreira Alves en la resolución 1417 de 1987, en donde se estableció que "[la] interpretación de la norma sujeta a control debe partir de una hipótesis de trabajo, la llamada presunción de constitucionalidad de la cual se extrae que, entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución" —RTJ 126, 48 (53)—.

El Tribunal Constitucional chileno ha manifestado que "de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, entre los varios sentidos posibles de una regla de derecho, el intérprete ha de estar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales" —Sentencia Rol 309/2000—.

En relación con esta forma de interpretar y aplicar el derecho, la Suprema Corte de Justicia mexicana ha expresado que "el juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe optar […] por aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico" (Tesis aislada 2a.XCII/2007, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). En otras palabras, cuando una disposición normativa "admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Constitución, siempre que sea posible, este órgano de control optará por adoptar o acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, pues de esta manera este Tribunal Constitucional, en su carácter de intérprete, admite o acepta el método de interpretar conforme a la Constitución que conduce a declarar la validez constitucional de la norma impugnada" (tesis jurisprudencial P./J. 45/95 y tesis jurisprudencial P./J. 38/2002, ambas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En los sistemas de justicia constitucional antes citados, sin que ello sea restrictivo, el principio de interpretación conforme se ha convertido en uno de los más relevantes de la jurisprudencia constitucional, ya que en virtud de él se precisa agotar las posibilidades de solución que permitan mantener el texto o acto impugnado en toda su vigencia. Su empleo ha sido la fuente de donde ha surgido toda una tipología de sentencias interpretativas emanadas de los tribunales constitucionales, a través de las cuales se perfilan algunas de las características que el *corpus* jurisprudencial y la doctrina han ido asentando. En

ellas se deja ver que las cortes o tribunales constitucionales están facultados no sólo para decidir si una ley vulnera o no el texto constitucional, sino también para interpretar éstas con el fin de pronunciarse acerca de cuál o cuáles son las interpretaciones constitucionalmente admisibles y cuál o cuáles deben rechazarse.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Principio de interpretación conforme a la Constitución (contenido del)

La interpretación conforme a la Constitución ha de ser diferenciada de la interpretación orientada en base a la Constitución. Esta última resulta de la significación de la Constitución para todo el ordenamiento jurídico y ha de ser puesta en práctica por todo órgano aplicador del derecho (Klaus Stern, 1987). Por el contrario, la interpretación conforme a la Constitución es un instrumento para el mantenimiento de una norma que siendo parcialmente inconstitucional no es declara nula al poder ser interpretada en consonancia con la Constitución.

El principio sometido a estudio comprende dos aspectos. En primer lugar, una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981), por lo que los actos normativos serán conformes con la Constitución cuando no violen el sistema formal constitucionalmente establecido y cuando no contraríen, positiva o negativamente, los parámetros materiales plasmados en las reglas o principios constitucionales (J. J. Gomes Canotilho, 2003). En segundo lugar, un interés de conservar la normativa jurídica como homenaje a la autoridad legisladora (Pablo Lucas Verdú, 1984). Esto es, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley, el ministro, magistrado o juez que efectúa el examen tiene que acoger entre varios sentidos *a priori* configurables de la norma infraconstitucional, aquél que le sea conforme o más conforme con la Constitución. De ahí que sólo se puede declararse inconstitucional una norma cuando ningún modo posible de interpretarla se ajusta a la Constitución.

No puede pasar inadvertido que el principio de interpretación conforme, a pesar de ser primordialmente de formulación jurisprudencial, se encuentra también expresamente consagrado en algunos ordenamientos jurídicos. En el ámbito europeo es paradigmático el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, cuyo contenido conviene transcribir: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Por su parte, en Latinoamérica la justicia constitucional boliviana también había consagrado este principio en el artículo 4o. de la Ley del Tribunal Constitucional (Ley núm. 1836 del 1o. de abril de 1998). En dicho artículo se señalaba: (*sic*) "En caso excepcional de que una ley,

decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución […]".

Este principio ha adquirido una importancia creciente, adoptándose hidalgamente con ese nombre u otros equivalentes en prácticamente todos los tribunales constitucionales europeos y más recientemente está siendo también utilizado en la formulación jurisprudencial de los tribunales constitucionales de América Latina.

En México, se está convirtiendo en un parámetro indispensable y necesario para determinar la validez, eficacia y funcionalidad de las diversas normas generales que integran sistema normativo del país. Esto es, cuando en alguno de los procedimientos de control de constitucionalidad se valora la regularidad constitucional de una disposición normativa secundaria, lo que la jurisdicción constitucional está prefiriendo —siempre que las circunstancias lo permitan y con el objeto de evitar las consecuencias que genera la declaración de inconstitucionalidad— es extraer de la disposición impugnada el contenido que más correspondencia tenga con la Constitución.

En suma, la interpretación de un ordenamiento jurídico de conformidad con su ley fundamental, es un principio jurídico básico que deriva del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, se fundamenta en la idea de que la carta magna, al ser la ley suprema, articula la unidad y coherencia de todo el ordenamiento jurídico. En función de éstas, las leyes emanadas bajo la vigencia de la ley fundamental deben ser interpretadas en consonancia con ella, así como el derecho aún vigente procedente de tiempo anterior, debe ser adaptado a la nueva situación constitucional.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Principio de inviolabilidad de la Constitución

Con el propósito de que el orden público de un Estado sea salvaguardado, es necesario que tanto la parte dogmática como la orgánica de una Constitución no sean desconocidas. Así, la parte de la Constitución que comprende los derechos fundamentales del hombre, recibe el nombre de *dogmática*; mientras que el apartado que tiene por objeto organizar el poder público, es denominada la parte *orgánica*.

Además de la parte dogmática y la orgánica, pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la "superestructura constitucional", la cual cubre por igual a los derechos del individuo, a los poderes de la federación y de los estados. Son dichos preceptos los que aluden a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su "inviolabilidad".

Toda Constitución contiene principios protectores, entre los que se encuentra el de inviolabilidad de la Constitución en conjunción con el de supremacía y rigidez, consagrados en los artículos 136, 133 y 135 constitucional respectivamente, que en su conjunto forman el bloque de principios protectores del constitucionalismo mexicano.

El principio de "inviolabilidad" de la Constitución, no implica que ésta no pueda ser contravenida, ya que en múltiples ocasiones se infringe por actos de poder público y ocasionalmente por grupos violentos que intentan desconocer el orden constitucional. Por ello, la Constitución establece medios jurídicos para impedir o remediar las contravenciones al orden público y a las instituciones democráticas, proveyendo a su autodefensa mediante sistemas de control de constitucionalidad, que incluye instrumentos procesales de diferente carácter para que mediante su ejercicio, se preserve y mantenga el orden jurídico que crea, generándose con ello la llamada "*jurisdicción constitucional*".

La inviolabilidad es un principio vinculado inescindiblemente a la supremacía, significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, reemplazada o quebrantada por fuerzas que no sean las del Poder Constituyente. Consiste en la unidad, seguridad y permanencia de su contenido normativo, el cual es indivisible en el tiempo, permitiendo únicamente su actualización por medio de adiciones y reformas cuyo procedimiento emane del propio documento constitucional. Esta posibilidad de adicionar y reformar la Constitución es, en efecto, el único medio para modificar su estructura normativa, lo cual confirma el criterio de mutabilidad del orden constitucional.

En ese tenor, el principio de inviolabilidad consiste en que la Constitución por ninguna razón perderá su vigencia, aun cuando cualquier movimiento rebelde o de grupos violentos dejen de observar el régimen político que constitucionalmente se encuentra establecido, así de darse un movimiento subversivo, una vez recuperado el Estado de derecho y mediante las circunstancias que la Constitución prevé, se sancionara a los rebeldes. De suerte que el principio de inviolabilidad salvaguarda cada una de las partes de la Constitución, tanto la dogmática como la orgánica y el propio Estado de derecho, por tanto, si el orden jurídico deja de observarse derivado de la provocación realizada por grupos rebeldes, ello no significa que se desvanezca la vigencia constitucional.

Atento a ello, la Constitución no puede ser desconocida por ningún órgano de poder o grupo social rebelde, en efecto, el tema de la rebelión se instituyó porque la historia ha señalado el triunfo de grupos minoritarios los cuales han establecido Constituciones contrarias a los intereses nacionales, esto en razón de la falta de conciencia de los derechos de soberanía correspondiente al pueblo.

Al respecto, el artículo 136 constitucional expresamente se refiere a la suspensión de su observancia mediante una rebelión o trastorno público, algo distinto del significado de revolución. Una rebelión implica una reacción violenta contra el sistema de gobierno y contra la Constitución vigente en el momento de ese movimiento, la rebelión, es alzarse en armas por solamente una fracción del pueblo, inconforme con su gobierno. De manera que, al ser "la rebelión", sólo una fracción de todo el conglomerado humano, ello implica que esa lucha no es apoyada por la mayoría y por tanto, no representa intereses legítimos. En cambio, en un movimiento de revolución, la ideología es por supuesto, apoyada por la mayoría del pueblo inmiscuido, lo cual ha llegado a considerarse una lucha legítima. Sin embargo, en una Constitución, no es

posible establecer de manera explícita, el derecho del pueblo a la revolución porque un documento constitucional no puede prever dentro de sí, su propia causa de aniquilamiento.

Ante ello, se ha evidenciado que una forma "doméstica" en que se puede ver reflejado el llamado "derecho a la revolución", es por la voluntad del pueblo cuando decida, en ejercicio de su soberanía, cambiar o modificar la forma de su gobierno, ejerciendo su facultad de autodeterminación al margen de los poderes constituidos.

Así, la Constitución es "inviolable" frente a cualesquiera movimientos que, sin ser auténticamente revolucionarios, la desconozcan, suspendan o reemplacen por un "status" político diferente, es decir, sea desconocida o sustituida por fuerzas que no emanan del Poder Constituyente o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, en ese sentido, quienes se vean favorecidos por un movimiento rebelde, adquieren un poder ilegítimo, sin apoyo real, se trata de una usurpación del poder; lo que pretende evitar el principio de inviolabilidad constitucional, al ordenar el castigo de tales actos; no así el movimiento de la revolución, el cual ha sido empleado como un derecho de los pueblos que va más allá de la Constitución.

En otras palabras, toda Constitución, ante las aspiraciones populares, frente a la vida social en constante evolución, es evidentemente susceptible de abolirse y de ser sustituida por otra. Y es que una Constitución, que hipotéticamente se supone como fruto de la voluntad popular expresada a través de sus representantes (Congreso o Asamblea Constituyente) no debe encadenar al pueblo hasta el extremo de que siempre se vea obligado a ceñir su vida a sus mandamientos, o sea, a someterse a los principios jurídicos, políticos, filosóficos, económicos o sociales que en un momento determinado puedan oponerse a la evolución nacional y a los sentimientos de justicia.

En esa virtud, empieza a cobrar auge el diseño de una teoría del derecho a la insurrección, según puede desprenderse de diversos ordenamientos, en donde ese "derecho" es permisible en las Constituciones de: Argentina (art. 36), Ecuador (arts. 98-99), El Salvador (art. 87), Honduras (art. 43), Guatemala (art. 45) y Perú (art. 46).

En México, el principio de inviolabilidad tiene un alcance propio del Estado federal, ya que tanto la ley fundamental como las Constituciones locales lo consagran como una decisión política que sostiene la validez y permanencia del sistema creado a su amparo. Y si bien, puede desprenderse el caso del derecho legítimo del pueblo para recobrar su libertad y restablecer la observancia de la carta magna desconocida, puede inferirse también, que esa restauración queda en manos de las instituciones, para posteriormente juzgar a los responsables de la rebelión y a quienes hubieren cooperado con ella. Aunque es importante diferenciar si el movimiento es generado por grupos rebeldes o sí se trata de un auténtico movimiento revolucionario, pues del contenido del artículo 136 de la Constitución mexicana, es posible inferir aunque de manera implícita o a *contrario sensu*, el derecho moral a hacer la revolución.

José Ricardo Carrazco Mayorga

Principio de irreversibilidad

El principio de irreversibilidad tiene su aplicación en los derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento de estos derechos sigue siendo una lucha constante contra el Estado y los grandes capitales, agravada actualmente por la crisis económica global y del Estado de bienestar. Todo lo cual ha vuelto muy dúctil este principio.

Este principio también se aplica a los derechos individuales. Por ejemplo no se puede retroceder a la esclavitud, a la tortura, a una religión obligatoria, etcétera.

La irreversibilidad obliga a no retroceder las conquistas logradas, pero la realidad nos ha demostrado que bajo ciertas circunstancias se presentan lamentables regresiones.

Este principio se desprende del art. 4o. de la Constitución nicaragüense que establece el deber del Estado de promover y garantizar los avances de carácter social y político, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano; y del art. 48.1 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Con relación a la naturaleza jurídica de este principio han surgido tres tesis.

La primera tesis estima que la prohibición del no retroceso es simplemente una expectativa, no una verdadera norma jurídica, lo que debilita considerablemente el principio, de tal manera que el legislador puede cambiar la norma relacionada con estos derechos, incluso reducirlos, disminuir el monto de las pensiones del seguro social, aumentar la edad de jubilación, disminuir el salario mínimo, disminuir o suprimir ciertas prestaciones sociales a la clase trabajadora, sin poder alegarse la existencia de derechos adquiridos, y sin que exista violación a la constitución. Esta tesis carece de aceptación general.

La segunda tesis sostiene en forma absoluta el principio de no regresividad, según el cual la reducción de estos derechos por el legislador, constituye una violación directa a la Constitución. Por ejemplo, no se pueden reducir los gastos de salud o de educación para racionalizar el gasto público o reducir las pensiones del seguro social, o las que ya están prácticamente por concederse. Esta tesis es la que goza de más simpatía, pero lamentablemente cede ante la realidad de fuerzas mezquinas.

La tercera tesis, la más aceptada y flexible para algunos autores, reconoce el principio de la no regresividad de dichos derechos, considerándolos *prima facie* derechos protegidos por la presunción de que todo retroceso debe estimarse inconstitucional, pero acepta que las autoridades puedan demostrar las imperiosas necesidades que impidan la progresividad prestacional, por las que el legislador puede tener amplitud para formular el alcance prestacional de acuerdo a los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Iván Escobar Fornos

Principio de universalidad

Uno de los temas de mayor importancia en materia de derechos humanos, que al mismo tiempo está sujeto a una intensa discusión doctrinal, es el relativo a su universalidad y a las posibilidades reales de su reconocimiento, cumplimiento y respeto de manera global, dadas las diferencias de culturas, sistemas de valores y los heterogéneos niveles de desarrollo de cada país.

La crítica a la concepción de los derechos humanos como universales proviene de las posiciones de la antropología jurídica y del multiculturalismo, al afirmar que el concepto y la idea misma de los derechos humanos son propios de la cultura occidental, desarrollada e inmersa en el marco de las culturas de origen judeo-cristiano liberales, que no corresponde y difícilmente encaja en otras culturas como las orientales, las musulmanas o las de los pueblos autóctonos que han mantenido vivos sus sistemas culturales.

Es un hecho innegable la existencia de un mundo multicultural, en el que las distintas culturas y pueblos han tenido desarrollos muy distintos hasta su evolución actual, lo que resulta en sistemas de valores y reglas de convivencia social en ocasiones muy diferentes; sin embargo, también es un hecho que los derechos humanos en su conjunto constituyen hoy una institución jurídica y moral de universal aceptación, superando su origen occidental, pues todos los países los consagran y reconocen en sus textos constitucionales, tal vez con distintas formulaciones y más o menos amplitud de acuerdo con su cultura y niveles de desarrollo institucional, pero bajo una base de reconocimiento a su valor ético, incluso se afirma que los derechos humanos son la ética de finales del siglo XX.

En general puede afirmarse que todos los países reconocen la existencia de los derechos humanos como un estándar del desarrollo ético de los Estados, y si bien se pueden presentar diferencias en la formulación en el derecho positivo de los derechos, el acuerdo es más amplio en relación con los valores básicos que los sustentan y a los que desarrollan, los que si bien tal vez no pueden ser calificados de universales sí son concebibles como universalizables, esto es, susceptibles de ser reconocidos y aceptados de manera generalizada en todos los países y culturas.

Sin negar la existencia de las diferencias culturales y de niveles de desarrollo, parece lógico sostener, sin necesidad de asumir posiciones iusnaturalistas sino simplemente antropológicas, que hay un sustrato común de humanidad en todos los individuos, además de una capacidad moral, que nos conduce a pensar que lo que es bueno para unos deben también serlo para los demás, en especial cuando nos referimos a la tutela de la dignidad humana y a la generación de mejores condiciones de vida. Quién puede oponerse al reconocimiento del valor de la vida humana, de la igualdad, de la libertad, o de los derechos a la atención de la salud, a contar con una vivienda digna o a la educación. Es claro que son bienes y valores aceptados de forma general por todas las culturas.

Otro problema para el reconocimiento de la universalidad se da cuando se abordan los temas filosóficos vinculados con los derechos humanos, como son los de su conceptualización y su fundamentación, pues ahí se

navega en ámbitos abstractos y en los que las distintas posiciones filosóficas, axiológicas, e incluso ideológicas, hacen muy difícil llegar a posiciones consensuadas.

Como reacción a esas situaciones se desarrolló el llamado neopragmatismo o neopositivismo, en el que se propone dejar de lado esos temas para avanzar en la construcción de mejores medios de protección y defensa de los derechos, como propuso Bobbio. Posiciones que en gran medida se fundamentan en la llamada prueba del consenso, que hace referencia la universal aceptación de la existencia de los derechos humanos que es empíricamente comprobable en vida cotidiana de los países y la comunidad internacional.

De que la comunidad internacional reconoce la universalidad de los derechos humanos son muestra clara los documentos producidos en las dos conferencias mundiales promovidas por Naciones Unidas, la primera en Teherán en 1968, en la que se estableció la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos para toda la comunidad internacional, y la segunda en Viena en 1993, en donde expresamente se estableció que: "El carácter universal de estos derechos no admite duda".

Es así que la declaración universal es considerada por la doctrina y los organismos internacionales como parte del *ius cogens* internacional, y si bien algunos autores discuten que la totalidad del texto tenga esa categoría normativa, hay consenso en el reconocimiento de que al menos el conjunto de derechos establecidos como inderogables en los propios tratados internacionales tiene ese nivel.

De hecho si revisamos el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, nos vamos a encontrar que la concepción misma de éstos implica su universalidad, lo mismo que la modernidad como proyecto político y social implica necesariamente su presencia en las sociedades, como sucede también con la democracia.

Ahora bien, el hecho de la presencia de los derechos humanos en todos los países y ámbitos y el reconocimiento de su universalidad no anulan la diversidad cultural existente entre las distintas regiones y estados, ni el hecho de que los derechos, al igual que los seres humanos, se encuentren afectados por la historicidad; esto es, que su alcance, contenido y posibilidades de desarrollo están afectados por las circunstancias y condiciones de vida en cada país, entre las que se incluyen por supuesto aspectos culturales e incluso religiosos, los que tiene una incidencia ineludible en el desarrollo del derecho positivo.

Sin embargo, la consecuencia inmediata del principio de universalidad es que de ninguna manera y bajo ningún aspecto puedan utilizarse como justificación para no reconocer los derechos a algún individuo o grupo las especificidades y característica propias de un cultura determinada, por el contrario, estas diferencias culturales deben usarse para desarrollar los derechos en ese ámbito de manera que tengan plena vigencia y puedan establecerse los adecuados medios para su protección y garantía.

Víctor M. Martínez Bullé Goyri

Principio *in dubio pro reo*

La locución latina *in dubio pro reo* hace referencia a un principio jurídico que atiende particularidades procesales que tienen aplicación en el momento en el que el juez, al valorar las pruebas, dicta la sentencia.

El principio *in dubio pro reo* se refiere únicamente a las particularidades procesales que operan al momento en que se valoran las pruebas, con el fin de demostrar —o no— que el acusado es la persona que actualizó los elementos de tipo penal del delito de que se trate, mismas que se materializan al momento de dictar la sentencia.

De manera que se aplica cuando, al estimar todas y cada una de las pruebas, el juez llega a la conclusión de que no cuenta con elementos suficientes, y, por lo tanto, no puede declarar con seguridad que el sujeto cometió el delito. Lo anterior debido a la falta de plena certeza, pues no se demostró completamente que éste lo haya cometido. Por lo tanto, al existir la duda, se debe absolver al inculpado. En otras palabras, el juez, al examinar todas y cada una de las pruebas, debe tener plena certeza de que el acusado cometió el delito. Pero en caso de duda deberá dictar sentencia absolutoria. Justamente, el principio presupone un estado de incertidumbre, ante el cual se concede al juzgador optar por lo más favorable para el acusado, al absolverlo en virtud de la existencia de una *duda razonable*.

Encontramos entonces que el elemento fundamental de este principio es la duda razonable que se genera en el juzgador respecto de las pruebas tendientes a la demostración de la responsabilidad del acusado. El juez carece de una convicción judicial por lo que no es dable dictar sentencia condenatoria, o, si se quiere, la duda razonable impide que ésta se produzca. Únicamente las pruebas que generan tal duda habrán de ser suficientes para absolver al acusado. De este modo, la aplicación del principio *in dubio pro reo* establece que donde quepa duda acerca de la responsabilidad del acusado debe dictarse fallo absolutorio, debido a que subsiste una laguna en las pruebas que impiden determinar con certeza la responsabilidad del sujeto.

En este orden de ideas, los medios de prueba son aquellos instrumentos procesales de los que se sirven las partes para lograr el convencimiento del juzgador en relación a sus respectivas pretensiones. Por lo tanto, el fallo ha de basarse en la comprobación de las pruebas, con base en la apreciación e interpretación de las mismas por parte del juez. Ahora bien, respecto de las pruebas, agotado el catalogo de recursos probatorios el tribunal tiene que llegar a una apreciación de las mismas que constituyen la base del fallo. Es preciso someter a un examen minucioso todos los medios de prueba que en el juicio hallen aplicación. Por ello, la doctrina ha señalado que el que en un procedimiento probatorio se establezca, sea tan sólo la probabilidad, sea la certidumbre de la culpabilidad de una persona, con frecuencia depende de la manera como se conduzca el juicio y de la acertada apreciación de todos los medios de prueba disponibles, por lo que se hace necesario someter las pruebas a un examen crítico.

En México, dicho principio está contenido implícitamente en la CPEUM en los artículos 17 segundo parrado, y 23 del mismo ordenamiento. Asimis-

mo, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la libertad de tránsito establecido en el artículo 11 de la CPEUM, el principio en comento es también reconocido.

Claudia Viridiana Hernández Torres

Principios generales del derecho

Existe una gran diversidad de opiniones tanto sobre la definición de principios generales del derecho como sobre el papel desempeñado por los mismos. Desde el primer punto de vista, la noción de "principios generales" no es una acepción unívoca en el mundo del derecho, pudiendose entender como tales aquellos enunciados escritos o no escritos, derivados del conjunto de las disposiciones jurídicas existentes, que por su importancia regulan algunos ámbitos del derecho o del sistema jurídico en su conjunto, sea desde una perspectiva de derecho substancial sea de derecho procesal, o bien a nivel, nacional o internacional, del ordenamiento considerado.

Durante mucho tiempo, la cuestión ha sido si los principios pertenecen al mismo *genus* de la norma, difiriendo de éstas por el hecho de tener una formulación más abstracta, o si constituyen más bien algo ontólogicamente diferente, "escondido" detrás de las normas y capaz de entrar en contacto con éstas solo como consecuencia de la interpretación del jurista.

Las dudas permanecen en relación con la identificación del carácter general que podemos atribuir a un principio del derecho. El adjetivo general ha sido variadamente entendido en un sentido iusnaturalista, o como sinónimo de "derecho natural", o en términos de *"ius positum"*, y además como un sinónimo de "universal", coincidente con la categoría de los "derechos fundamentales" y, según algunas opiniones, con los "derechos humanos".

En cuanto a lo que concierne al papel que juegan los principios en el mundo jurídico, su función ha sido tradicionalmente la de puntos de referencia que deben guiar la interpretación y la reconstrucción de un sistema jurídico, respondiendo, además, a la exigencia de eliminar un *vulnus* del ordenamiento.

Desde una perspectiva de derecho comparado, a nivel nacional, los principios generales, cuando así lo dispongan, se colocan como fuente complementaria o integradora en el sistema de la jerarquía de fuentes; incluso en ausencia de una referencia explícita en el sistema de fuentes. Sin embargo, los principios generales se pueden encontrar, aunque con formas y modalidades diferentes, tanto en los ordenamientos jurídicos de *Civil Law* como en el marco del *Common Law*. A nivel internacional, los principios generales "reconocidos por las naciones civiles" constituyen una fuente universalmente aceptada por los Estados. El mecanismo del reconocimiento recíproco está en la base de la aceptación de los principios generales en el marco "regional" de pertenencia de algunas organizaciones internacionales, como la Unión Europea.

La noción de principios generales, de todas formas, si es propia de la experiencia jurídica ocidental existe también en un primer intento de codificación del derecho chino y, además, en los sistemas caracterizados por una "mezcla" de las dimensiones religiosa y política, como el derecho islamico.

Aún dentro de una misma "familia" jurídica, los principios generales no forman un grupo determinado y están sujetos a la ampliación que consigue la pertenencia de un ordenamiento jurídico nacional a un ordenamiento supranacional. La teoría de que los principios generales puedan "cerrar" el ordenamiento se revela adecuada solo en un sistema jurídico de tipo kelseniano, que es algo lejano de la realidad del mundo jurídico contemporaneo, caracterizado por una perspectiva de una siempre interacción e intersección entre los ordenamientos estatales e internacionales. La necesidad de que el nivel nacional "cumpla" con sus obligaciones supranacionales implíca una circulación de los principios en un sentido *"top down"*, desde el ordenamiento internacional hasta el sistema estatal y también en un sentido *"bottom up*", lo que se produce cuando el nivel supranacional reconoce un principio general que ha sido generado a nivel nacional o en el caso de una "contaminación" nacional de un principio general, en consecuencia de una *cross-fertilizacion* entre niveles.

Eloisa Denia Cosimo

Principios políticos

Antes de adentrarnos al estudio de los principios políticos, me parece lógico definir un principio, el cual, según Rolando Tamayo y Salmorán consiste en: "Toda ciencia tiene sus propios principios, el derecho al ser una ciencia tiene sus principios, los cuales no surgen por generación espontánea sino que son construidos racionalmente. Es decir, son el resultado de la observación de casos individuales que comparten características comunes" (*Razonamiento y argumentación jurídica*, 2004).

Ahora bien, nos referimos para efectos de este análisis a principios políticos, los cuales por naturaleza se encuentran en el documento político, el cual por excelencia existe en los regímenes políticos actuales en *La Constitución de un Estado.*

En ese tenor, la Constitución es un documento formal y solemne sancionado por el constituyente originario que contiene principios fundamentales o políticos, así como fines que el Estado debe cumplir. También será material en función de los principios y cláusulas que incorpore en su texto.

En esta misma vertiente, el constitucionalismo que es un producto relativamente reciente, representa la historia por la defensa de los derechos humanos y un constante compromiso con el ejercicio racional del poder, como afirma Diego Valadés, que "*el Poder controle al Poder*".

La Constitución es la *summa* del Estado; la síntesis histórica de un pueblo que precisa de un documento con primacía formal sobre las demás normas, para hacer pragmático su contenido programático.

Tratándose de la Constitución, hemos determinado a partir de ciertos principios que como norma jurídica o *corpus* de normas jurídicas le son exclusivos: *supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad, permanencia*.

Estos son principios que la teoría constitucional asigna a todas las Constituciones por tratarse del documento jurídico de mayor jerarquía dentro de cada universo jurídico. Otro punto son los grandes principios contenidos de manera

exclusiva en cada texto constitucional que definen a un Estado y definen un *ethos.* En este orden de ideas, *los principios constitucionales o políticos son las prescripciones esenciales que de manera expresa o tácita están contenidas en la Constitución.*

Vale la pena recordar que el constitucionalismo como tal tiene sus fundamentos en el pensamiento liberal de la Ilustración y las grandes Revoluciones Constitucionales: la *Norteamericana de 1787* y la *Francesa de 1789*, en las que se incorporan los primeros postulados políticos de la modernidad jurídica para el ejercicio y control del poder. En ellos, se delinean los esquemas racionales en los que un Estado debe orientarse para alcanzar sus fines propios como la *felicidad o el bien común*.

Alexander Hamilton en el *Federalista* propuso en una serie de artículos una discusión sobre temas como: "La utilidad de la Unión para la prosperidad política; la insuficiencia de la Confederación para conservar la Unión; la necesidad de un gobierno enérgico; la conformidad de la Constitución con principios republicanos y la salvaguarda del gobierno para la libertad y la propiedad" (2010).

La particular concepción de la política del Federalista (primera gran obra de ciencia política) así como las ideas de *Rousseau, Montesquieu* (división de poderes) y *Voltaire* fueron un soporte para crear principios políticos articulados que desde entonces insertamos y que vamos cambiando bien sea por reforma constitucional o interpretación jurídica de tipo histórico y evolutiva.

Los franceses plantearon principios individuales como la libertad (término que constituirá el liberalismo) y la entienden como un bien supremo para buscar la felicidad. Y por tanto, desarrollan diferentes tipos de libertad: *de expresión, económica, política, religiosa, etcétera.*

Sobre la igualdad, debemos decir que fue el principio cardinal de la Revolución Francesa, entendida como igualdad de oportunidades para todos, traducida en una igualdad jurídica ante la ley, más no ante el poder económico.

En cuanto a propiedad, ésta es básica para el desarrollo de la libertad y la consecución de la felicidad. El liberalismo no sólo justifica la apropiación de bienes necesarios para el consumo sino también la acumulación de bienes. Es considerado un derecho natural y consustancial con el ser humano y la manera más eficaz para lograr la felicidad. Finalmente, los revolucionarios franceses destacan que la seguridad es un principio fundamental porque sirve para garantizar los otros tres principios ya indicados y sobre todo el de propiedad.

En síntesis, un principio político es una decisión política fundamental que el Constituyente Originario de un Estado ha establecido como depositario de la Soberanía Popular; dichos principios tienen como finalidad organizar el poder político y proteger los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el más importante el de *dignidad humana*. Tales principios evolucionan con el tiempo y las circunstancias históricas y corresponde al Legislador adecuarlos a la realidad o bien, a los Poderes Judiciales vía interpretación constitucional, pues ahí subyace la gran cuestión, *¿puede una generación decidir el futuro de las siguientes?*

En la Europa de la Segunda Posguerra, el mundo se orientó a establecer cartas constitucionales que contuvieran dos tipos de principios políticos:

a) Democracia.

b) Un catálogo de derechos fundamentales.

Rodolfo L. Vigo ha insistido que después de la contradicción que enfrentó el Derecho al juzgar en *Nüremberg* a los criminales de guerra en el que se colisionaron derechos como el cumplimiento de un deber y el hacer justicia, y tuvo que optarse por hacer justicia para evitar lo que *Radbruch* denominaría "*injusticia extrema no es derecho*". Con ello se rematerializa el derecho y se le dota de contenido moral, más allá del contenido político.

La ciencia jurídica coincide con la ciencia política en que los principios políticos de todo Estado constitucional y democrático de derecho son:

a) Separación de poderes o funciones: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y órganos constitucionales autónomos.

b) Forma de Estado: federal, unitaria, central (Debe considerarse también formas de organización política como la Unión Europea. Unión de los 25 Estados con regímenes y características especiales).

c) Régimen político: democrático, aristocrático, totalitario y sultanista.

d) Catálogo de derechos fundamentales: Vida, libertades (tránsito, expresión, asociación, participación política, religiosa), seguridad, debido proceso, acceso a la justicia, derechos políticos, transparencia y acceso a la información, elecciones libres y auténticas.

e) Laicidad. Separación Iglesia – Estado.

f) Control constitucional y convencional. Como mecanismos que salvaguardan las promesas constitucionales.

José Antonio Abel Aguilar Sánchez

Procesalistas (proceso constitucional)

El nacimiento del derecho procesal constitucional, como disciplina, no como normas o juicios en el campo de los hechos, inició en lengua castellana con los estudios y reflexiones de *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha escrito un solvente trabajo: Derecho procesal constitucional (origen científico 1928-1956), traducido al portugués, al italiano y al japonés. El mismo autor coordinó un texto titulado: Encuesta sobre derecho procesal constitucional. Allí respondieron un cuestionario los siguientes autores: Peter Häberle, Osvaldo A. Gozaíni, Néstor P. Sagüés, Jorge Asbún, Pablo Dermizaky Peredo, José Antonio Rivera Santiváñez, Ivo Dantas, Regis Frota Araujo, André Ramos Tavarés, Ernesto Rey Cantor, Rubén Hernández Valle, Humberto Nogueira Alcalá, Francisco Zúñiga Urbina, José Julio Fernández Rodríguez, Jesús González Pérez, Pablo Pérez Tremps, Lucio Pegoraro, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Ovalle Favela, Diego Valadés, Jorge Seal-Sessain, Samuel B. Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Víctor Julio Ortecho Villena, José F. Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, César San Martín Castro, Jorge Miranda, Eduardo G. Esteva Gallichio, Héctor Gros Spiell; en la primera parte del estudio.

Alcalá-Zamora (1947) le otorgó la paternidad de la rama procesal a *Hans Kelsen*, conocido más bien por su quehacer filosófico.

En México (1955-1956) *Fix-Zamudio* en su tesis de licenciatura (dirigida primero por José Castillo Larrañaga y luego por su padre académico Niceto Alcalá-Zamora) denominada *Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, quien en 167 páginas divididas en 5 partes ubicó la nueva disciplina del derecho procesal constitucional con un toque novedoso. El autor citado desde esa fecha hasta nuestros días ha seguido configurando a esta disciplina con grande esfuerzo y grande reconocimiento.

Otros enfoques que aluden a la justicia constitucional no deben desdeñarse pues son una diferente postura sana. Tampoco deben desconocerse las diversas maneras de abordar los contenidos del derecho procesal constitucional, con otros nombres. El saber global debe conocer los trabajos de un grupo llamado "revisionistas", quienes desde Italia y la América española publican y disertan en la materia.

Alberto Saíd tiene en prensa un libro denominado: Procesalistas, proceso y constitución, donde parcialmente alude al tema. Sin olvidar a *Calamandrei* y *Couture.*

De buena utilidad es el escrito: "Forjadores del derecho procesal constitucional" del multicitado Ferrer Mac-Gregor. En México especialmente para el estudio de amparo hay autores de diversa escuela académica como Eduardo Pallares e Ignacio Burgoa. Ellos merecen toda la atención de los estudiosos de la institución.

No se puede hacer una nómina definitiva de procesalistas de la rama adjetiva constitucional, pues según el criterio del lector, con justicia diría: "Ni son todos los que están, ni están todos los que son".

Alberto Saíd

Proceso

Concepto del proceso. El proceso jurisdiccional es una figura heterocompositiva estatal que se traduce en un medio institucional para resolver litigios en sociedad. Participan en él distintos sujetos procesales: juez, auxiliares, partes y terceros, todos ellos con el fin de solucionar el conflicto jurídicamente trascendente. Ello se logra cuando el juzgador unitario o colegiado dice el derecho al caso concreto. Para decir el derecho, el juez no sólo hace un mero silogismo judicial, en él la premisa mayor es el derecho —más no la ley— aplicable; la premisa menor, el conflicto específico; y el juicio, la sentencia o derecho aplicado:

— Es un medio heterocompositivo de solución de controversias.

— Es una expresión del poder soberano del Estado.

— En él se ejerce jurisdicción por el juzgador.

— Las partes instan una y otra vez a lo largo del proceso.

— Se cumplen formalidades establecidas previamente en el programa normativo.

— En el mundo de los hechos también se regula por usos y costumbres forenses.

— En nuestro medio es gratuito, pero tiene un costo social y económico para las partes.

— Soluciona el litigio, al producir el juez el derecho vivo. Al sentenciar debe buscar la justicia concreta.

Para solventes autores el concepto de proceso es una categoría, que incluso da el nombre a la ciencia que comprende a otros también importantes, pero que no abarcan el todo. De *Chiovenda* hasta nuestros días es una postura con amplía acogida en la doctrina.

Naturaleza jurídica. Juan Montero Aroca, profesor de la Universidad de Valencia, sostiene que el tema —tan debatido y tan álgido en su momento— ha perdido fuerza e interés en los estudiosos de la ciencia procesal. Dicho en otras palabras, de un aspecto esencial ha pasado a ser un tema tangencial. Sin embargo, es real que persiste el interés académico de poder responder qué es el proceso en su esencia jurídica.

Hay partidarios de la teoría que entienden al proceso como una entidad jurídica compleja pues tal complejidad se puede analizar y encontrar en los tres planos de lo jurídico-procesal: conceptual, normativo y fáctico.

Plano conceptual	El proceso no se puede conceptualizar por una sola nota sino por varias, cada una de las cuales debe analizarse en su individualidad y en su relación con el conjunto.
Plano normativo	El legislador norma la actuación de diversos sujetos procesales (juez, auxiliares, partes y terceros) en normas adjetivas. La actuación de todos estos sujetos debe ser conforme a los principios y manifestarse en procedimientos previamente regulados.
Plano fáctico	De manera real y dinámica interactúan todos los sujetos procesales conforme al programa normativo, usos y costumbres en forma compleja (a veces complejísima).

Alberto Saíd

Procesos constitucionales atípicos

Por proceso constitucional entendemos aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Desde un entendimiento material del concepto de constitución existen una serie de cuestiones que deben recogerse necesariamente en la misma. Por lo tanto, los procesos que se refieran a esos elementos nucleares de la carta magna hay que tildarlos de procesos constitucionales. Ese orden jurídico fundamental que establece la constitución y que legitima al poder estatal no es aséptico sino que responde a ciertos valores, de los que se derivan esos contenidos materiales de lo constitucional. Tales valores provienen, históricamente hablando, del constitucionalismo, doctrina política que gira en torno

a la limitación del poder. La materia objeto del contencioso determinará, en suma, su naturaleza constitucional. Estos procesos servirán para garantizar el principio de supremacía de la carga magna y/o la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Un proceso constitucional "atípico" es un proceso constitucional que no resulta básico desde el punto de vista de la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Es decir, que se mantiene dentro de las fronteras delimitadas por lo contencioso constitucional pero que no resulta uno de los tres procesos que se han configurado históricamente como característicos de los tribunales constitucionales (y que por ello, denominamos procesos típicos: el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder). De esta forma, estas competencias añadidas a las típicas pueden ser igualmente contenciosos constitucionales si afectan a elementos del concepto material de constitución y, por ende, a la delimitación del poder político.

Teniendo en cuenta la posición que ostenta el órgano de jurisdicción constitucional, es recomendable que tenga competencia sobre otros procesos constitucionales que pudieran existir al margen de los tres característicos. Así las cosas, esta jurisdicción debe conocer de aquellos procesos que implican decisiones básicas en la vida de la comunidad, que por ello serán materia constitucional, al menos *de lege ferenda*. La peculiar posición dentro del sistema le permite asumir estas otras tareas. No obstante, en algún caso ello puede resultar una extralimitación. Es decir, que esa particular posición del órgano de jurisdicción constitucional justifica ir más allá del núcleo típico y ostentar otras competencias constitucionales, aunque si en ello se produce desmesura se verá afectada negativamente la posición del órgano. Incluso, se puede ver abocado a una situación en la que surjan interrogantes acerca de su verdadera naturaleza.

De esta forma, procesos constitucionales atípicos que entendemos adecuados, es decir, no excesivos, son el control de las omisiones inconstitucionales (Brasil, Costa rica, Ecuador, Hungría, Portugal o Venezuela), el control de constitucionalidad de tratados internacionales (bastante habitual) o el contencioso electoral (mucho más escaso, sobre todo por la existencia de órganos específicos de control electoral, aunque es recomendable que el tribunal constitucional intervenga de una u otra forma dado que estamos ante una cuestión básica en la esfera pública). Este último proceso asume fisonomías variadas, en función del tipo de elecciones sometidas a control, el momento de la intervención y la amplitud del control.

En cambio, creemos excesivo y, por ende, criticable que un tribunal constitucional ostente competencias sobre otros procesos constitucionales. Nos referimos a procesos relativos a partidos políticos (Alemania, Chile o Portugal, con claro riesgo de involucrase en el juego partidista), al jefe del Estado (Brasil, Chile, Ecuador o Portugal: competencias de diverso tipo, también con evidente riesgo de caer en el juego político partidista), a la reforma constitucional (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Rumanía o Ucrania), o una competencia específica de interpretación obligatoria de la Constitución (Hungría, Eslovaquia, Rusia o Ucrania), que como tal no debe-

ría existir. En efecto, un órgano jurisdiccional interpreta las normas de referencia (en nuestro caso la constitución) al hilo de los procesos que sustancia, pero no debe tener como objeto de una de sus atribuciones competenciales la interpretación misma. Tampoco es procedente la citada atribución referida a la reforma constitucional. La apertura del mecanismo de reforma constitucional activa el poder constituyente constituido, que permanece latente desde la aprobación de la carta magna. Ello es una manifestación de soberanía, trasunto de la que se produjo en el período constituyente y que ha objetivado la propia norma básica. Así las cosas, la jurisdicción constitucional no debe entrar en tal proceso de reforma.

Ante esos excesos entendemos que lo procedente es efectuar una reforma normativa que elimine tales competencias no adecuadas, aunque si esto no se efectúa siempre será útil la prudencia y el rigor del magistrado constitucional. Para ello su sólida formación es requisito imprescindible.

José Julio Fernández Rodríguez

Procesos constitucionales de la libertad

La expresión "procesos constitucionales de la libertad" tiene dos significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico que prevé garantías constitucionales de salvaguardia y custodia de los derechos fundamentales. Una segunda connotación refiere a su carácter científico, es decir, al sector de la disciplina del derecho procesal constitucional que estudia de manera sistemática a aquellas garantías consagradas en el orden fundamental para tutelar los derechos humanos establecidos en la propia normativa constitucional o en los tratados internacionales sobre la materia, y en los países con una estructura federal, a las garantías constitucionales que se encaminan a proteger los derechos fundamentales de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los Estados, provincias o comunidades autónomas, y en el marco de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, los reconocidos en las Constituciones nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta denominación se inspira en uno de los primeros estudios del procesalista italiano Mauro Cappelletti, publicado en el año de 1955, bajo el título: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tudesco, suizzero e austriaco*, con el que puso de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia. El propio profesor Florentino años más tarde se refería a una dimensión supranacional de la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, la expresión "jurisdicción constitucional de la libertad", acuñada por don Mauro Cappelletti, ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina, la cual se ha utilizado para nombrar al contenido o sector de la novel disciplina procesal, aún cuando enseguida dicho sector se renombró "Derecho procesal constitucional de la libertad", y recientemente, en otra concertación doctrinal, posiblemente ins-

pirada en la clásica división de las constituciones contemporáneas, pero que no olvida la perspectiva originaria, la doctrina ha nombrado al contenido de la materia "procesos constitucionales de la libertad", nombre que sirvió para identificar algunos trabajos presentados en el *V Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*.

Juan Rivera Hernández

Procesos constitucionales típicos

Ya afirmamos en la voz referida a procesos constitucionales atípicos que un proceso constitucional, en general, es aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Un concepto material de Constitución reclama la existencia de una serie de temas que deben recogerse necesariamente en la misma. De ahí que los procesos que aluden a esos elementos básicos de la carta magna los denominamos procesos constitucionales, que servirán para garantizar la supremacía constitucional y/o los derechos constitucionales. De los valores a los que responde el orden jurídico fundamental de la carta magna derivan esos contenidos materiales de lo constitucional.

La "tipicidad" de los procesos que comentamos ahora viene dada por su conexión con la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Serán, por lo tanto, los contenciosos característicos de esta institución y que configuran la dimensión material del concepto de la misma. Los procesos constitucionales típicos se han ido perfilando históricamente con la evolución de la jurisdicción constitucional hasta que a día de hoy se puede sostener que integran el elemento material de su definición. De esta forma, entendemos que son tres: el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder.

Un concepto válido de jurisdicción constitucional exige la concurrencia de dos elementos, uno material y otro formal. El elemento formal está integrado por una serie de notas propias de la jurisdicción (actuación independiente y por lo general rogada, sometida a derecho, basada en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción) y por una serie de rasgos de índole constitucional que le otorgan al órgano respectivo una posición de autonomía estatutaria, administrativa y financiera. El elemento material, a su vez, se conecta con el ejercicio por parte del órgano que ejerce jurisdicción constitucional de una serie de competencias relativas a ciertos procesos que, de esta forma, caracterizan a la institución. Estas acciones procesales características son los tres procesos constitucionales típicos señalados. De este modo, estamos ante los típicos procesos constitucionales que estudia el derecho procesal constitucional y que conforman su núcleo básico, dando lugar a unas competencias especializadas de la jurisdicción constitucional. Así las cosas, y desde esta construcción teórica, las competencias típicas de la jurisdicción constitucional ocupan un lugar clave en la naturaleza y configuración del órgano, y no un mero papel complementario.

El control de constitucionalidad de la ley es, sin duda, el proceso más representativo del derecho procesal constitucional y el que evidencia con ma-

yor nitidez esa finalidad de garantía del principio de supremacía de la carta magna ya apuntada. El carácter normativo y supremo de la constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas tales notas de normatividad y superioridad. Por ello, prácticamente todos los tribunales constitucionales u órganos equivalentes ostentan semejante competencia, que puede adoptar varias fisonomías en función de distintas variables. Así, dicho control puede ser *a priori* o *a posteriori*, abstracto o concreto, en vía directa o incidental, y directo o indirecto. Esta función también puede resultar, potencialmente, muy polémica al incidir en las opciones del legislador y en su producto más característico, la ley. De todos modos, ello no debe exagerarse pues la naturaleza de la jurisdicción constitucional asume el carácter político, que no partidista, de la actividad del tribunal constitucional. La legitimación en el control abstracto, siguiendo la tónica habitual en el derecho comparado, suele ser restringida: está en manos de unos órganos predeterminados que desempeñan un rol destacado en el sistema. No obstante, también hay varios supuestos de acción popular, sobre todo en América Latina (como Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá o Venezuela) y casos de legitimación restringida pero muy amplia, lo que relativiza la misma. La acción popular de inconstitucionalidad difunde la idea de que todos los ciudadanos son defensores de la carta magna.

A su vez, el proceso constitucional de garantía de derechos ha crecido en importancia al tiempo que se afirmaba la esencialidad de los mismos en el actual estado de derecho democrático. Gracias a él se puede afirmar que la historia de la protección de los derechos fundamentales se halla ligada a la evolución de los tribunales constitucionales. De ahí que se acuñara en su momento la expresión de "jurisdicción constitucional de la libertad" (Cappelletti, 1955). La protección que los tribunales constitucionales dispensan suele ser extraordinaria dado que la protección primigenia le corresponde a los tribunales ordinarios. Por ello, es habitual un mecanismo de filtrado de los asuntos que llegan a la jurisdicción constitucional para que ésta no se vea colapsada. De todos modos, téngase en cuenta que la garantía de derechos supera los propios procedimientos específicamente previstos para tal finalidad dado que impregna el resto de atribuciones de los tribunales constitucionales. La defensa de los derechos ha llevado a la aparición de nuevos criterios de control (como la categoría del contenido esencial) e, incluso, a nuevos tipos de sentencias que posibiliten una protección más eficaz de los mismos. Los tribunales constitucionales, en suma, aplican de forma habitual derechos fundamentales, además de crear, en ocasiones, instrumentos específicos de interpretación de estos derechos e, incluso, nuevos derechos al servicio de la ciudadanía.

Por su parte, la competencia relativa a la garantía de la distribución del poder evidencia el papel de árbitro y de mediador que también desempeñan los tribunales constitucionales en la arquitectura del sistema público. Ello tiene lugar tanto para supervisar el reparto horizontal del poder, entre órganos del mismo ente, como el reparto vertical, entre entidades territoriales diversas. Estos conflictos pueden ser positivos, si los órganos o entes enfrentados

persiguen ambos ejercer la misma función o competencia, o negativos, si los órganos o entres diputan precisamente lo contrario, es decir, no ejercer una competencia determinada.

José Julio Fernández Rodríguez

Procesos no constitucionales

Por proceso no constitucional entendemos un proceso que no afecta a una cuestión básica del poder público y que, por lo tanto, no se encuentra en las dimensiones materiales que debe presentar una carta magna.

Añadir estos procesos a los propios de la jurisdicción constitucional puede debilitar la posición de los órganos que la ejercen en la arquitectura del sistema, sobre todo porque los acercaría a la actividad propia de los jueces ordinarios.

Esta situación reafirma la importancia de la labor del magistrado constitucional, que debe conocer estos peligros y tratar de soslayar los excesos, lo que podrá conseguir con una sólida formación en el derecho procesal constitucional. La misma les permitirá conocer la transcendencia y las consecuencias jurídicas y políticas de su acción. De todos modos, si el derecho positivo en vigor presenta un panorama poco riguroso, al contemplar tales excesos, al magistrado constitucional se le hará más difícil no caer en semejantes desmesuras si se ve compelido por la normativa vigente a conocer de las atribuciones que no debería ostentar. Por ello, la solución pasa por efectuar las reformas constitucionales o legales que eliminen los excesos competenciales.

En el derecho comparado encontramos algunos tribunales constitucionales que ostentas competencias sobre estos procesos no constitucionales, en el sentido expuesto. Tales competencias se conectan a las de índole meramente legal, recordando, por lo tanto, a las propias de la justicia ordinaria, lo cual debe ser criticado. Ello puede originar una peligrosa situación en los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, que daría pábulo a las críticas de su extralimitación. La diferenciación, compleja pero posible, entre lo constitucional y lo legal, ayuda a afrontar críticamente los procesos no constitucionales.

En este orden de cosas, en el derecho comparado detectamos en manos de ciertos tribunales constitucionales control de constitucionalidad que no versa sobre normas legales (en la mayoría de los estados de Europa del Este y de América Latina), control con parámetro en tratados internacionales (también en varios supuestos de Europa del Este, Costa Rica o Ecuador), control de legalidad (de nuevo en la mayoría de los países de Europa del Este o Portugal), control con parámetro infralegal (muy pocos casos, como Eslovaquia o Eslovenia) e, incluso, control no normativo a través de técnicas de control normativo (más extendido: Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay o Venezuela). Estos supuestos son una desmesura en la atribución de procesos suplementarios que, como decimos, afecta negativamente a la posición de un tribunal constitucional, que puede entrar en la disfuncionalidad y verse abocada a un riesgo mucho más elevado del politización del que ya tiene que soportar de por sí. El exceso radica tanto en el objeto de control como en el parámetro de referencia para efectuar tal control. La opción ante este pro-

blema, como acabamos de apuntar, es llevar a cabo las pertinentes reformas para eliminar dichas atribuciones excesivas.

De todos modos, el examen de los distintos ordenamientos debe modularse en función del sistema que presentan de jurisdicción constitucional. En sistemas concentrados es criticable que el órgano de jurisdicción constitucional asuma competencias no constitucionales. Ello también se puede afirmar de sistemas mixtos en los que existe un órgano o sala que se intenta diseñar especializada en jurisdicción constitucional. Es decir, en sistemas concentrados o en sistemas mixtos que presentan un órgano especializado en lo contencioso constitucional, éste debería limitarse a la materia constitucional. Por el contrario, en sistemas difusos y mixtos donde el juez de lo constitucional también es juez de lo meramente legal, el solapamiento entre lo constitucional y lo legal está casi es inevitable, lo que complica el análisis por el riesgo de confusión que existe entre ambos órdenes (sobre todo cuando lo constitucional entra en escena por vía incidental a través de una excepción en el marco de un proceso ordinario). Sin embargo, estos casos en los que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional también es el máximo órgano judicial ordinario, la confusión *per se* de las competencias es cuando menos disfuncional, sobre todo para el buen ejercicio de las funciones específicas de un tribunal constitucional.

En todo caso, estamos ante procesos, es decir, ante competencias que mantienen su carácter contencioso y, por ende, contradictorio. El tema de las competencias no contenciosas es diferente: si tales competencias se derivan de la capacidad de autoorganización del tribunal constitucional, u órgano equivalente, parecen justificadas. Más allá, la justificación encuentra difícil acomodo, salvo en los casos en los que el órgano de jurisdicción constitucional es también cabeza del Poder Judicial. Entonces se suelen sumar competencias relativas a cuestiones organizativas externas, por ejemplo sobre la administración de justicia.

José Julio Fernández Rodríguez

Promovente en controversias constitucionales

El promovente en controversias constitucionales (en lo sucesivo CC) es el sujeto legitimado para accionar dicho proceso constitucional; referido también como el "actor" en el juicio o el "demandante" en el mismo o "sujeto activo" de la relación jurídico procesal, según sea el lenguaje en el que se quiera hablar. La legitimación para acudir en esta calidad ante la Suprema Corte, órgano exclusivamente competente para resolver en única instancia este tipo de litigios, viene dada, *en principio*, en términos de una relación detallada establecida en la fracción I del artículo 105 constitucional.

Conforme a tal disposición pueden ser promoventes de este tipo de juicios: la Federación; el Poder Ejecutivo federal; el Poder Legislativo federal (Congreso, las Cámaras en lo individual o la Comisión Permanente); un Estado; el Distrito Federal; un municipio; un Poder Estatal y un órgano de gobierno del Distrito Federal. Este enlistado puede más fácilmente comprenderse si lo colapsamos en categorías acudiendo a elementos comunes en estos que nos permitan sistematizar los supuestos. Así, desde una primera óptica de catego-

rización, tenemos que: (i) pueden ser "promoventes" *los órdenes jurídicos u órdenes de gobierno, por sí mismos*: Federación, entidades de gobierno local (Estados o Distrito Federal); y los municipios y; (ii) *los depositarios de poder de cada uno de esos órdenes* (de ser aplicable): los poderes legislativo o ejecutivo federales; y a nivel local, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial locales (en el caso del Distrito Federal el término constitucionalmente técnico sería "órganos" en lugar de "poderes").

En seguimiento a lo establecido en la fracción constitucional en comentario, la La Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LR105), establece, en su artículo 10, que tendrá el carácter de parte actora en las controversias constitucionales "…la entidad, poder u órgano que promueva la controversia." Nótese que la Ley Reglamentaria resumió los diversos sujetos mencionados individualmente en la literalidad del artículo 105, fracción I, de la Constitución bajo los términos de "entidades", "poderes" u "órganos". Con base en la lógica detrás de tal ejercicio de abstracción puede señalarse que cuando ahí se habla de "entidades" como parte actora de una CC, se hace referencia a entidades federativas o entidades municipales (municipios); que "poderes" subsume tanto a los poderes federales como a los estatales; y que los "órganos" son equivalentes a poderes públicos estatales que tiene el Gobierno del Distrito Federal (en lugar de "poderes").

Sin embargo, estas menciones tanto constitucionales como legales han dejado un espacio de interpretación que aún no ha sido del todo definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Se ha suscitado ya en varias ocasiones debate al interior de la SCJN en torno a si otros órganos no mencionados en tal enlistado pueden o no ser "promoventes" de un juicio de este tipo. Algunas hipótesis ahora están clarificadas y de amplia aceptación por la jurisprudencia, pero otras aún no lo están.

La SCJN ha llegado a señalar que la literalidad de la fracción I del artículo 105 constitucional no es limitativa, de ahí que se haya reconocido la posibilidad de ser promoventes a órganos ahí no mencionado tales como: las Delegaciones del Distrito Federal (Controversias constitucionales 37/2000, 20/2002, 27/2002, 28/2002 y 29/2002) y al Tribunal Electoral del Distrito Federal (Controversia constitucional 31/2006), esencialmente, bajo el argumento de que son "órganos" del Distrito Federal y se trata de un concepto indeterminado en el que pueden caber; mientras que, por otro lado, se le ha negado dicho reconocimiento a organismos constitucionales autónomos (federales o locales), tales como: el Instituto Electoral de Baja California (Recurso de reclamación 67/2005-PL), el Instituto Estatal de Transparencia de Jalisco (Recursos de reclamación 15/2007, 234/2006-PL, 154/2006-PL y Controversia constitucional 33/2007), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Recurso de reclamación en controversia constitucional 20/2007-PL) y el Instituto Federal Electoral (estando como ministro instructor Gudiño Pelayo y como ministro ponente del recurso de reclamación Góngora Pimentel), bajo el argumento, entre otros pero destacadamente, de que no está previsto así en la Constitución.

Es preciso agregar que estar mencionado en el artículo 105, fracción I, de la Constitución no basta en todos los casos para que se reconozca legitimación a quién acude en esta vía ante la SCJN. Es necesario además que la acción sea ejercitada contra un órgano contra el cuál la Constitución le haya dado acción; pues debe tenerse presente que la Constitución, más que simplemente autorizar a los demandantes, da competencia a la SCJN para conocer de litigios que se presenten en ciertas relaciones jurídicas; de ahí que se diga que al promovente que se le reconozca legitimación para acudir al juicio la Constitución, se le debe reconocer a esa específica "entidad, poder u órgano" la posibilidad de demandar a las específicos "entidades, poderes u órganos" que demanda.

En otra palabras, sólo se tiene acción (en el sentido procesal del término) contra quién la propia norma dispone que se tiene la acción. Y aunque son múltiples las hipótesis previstas, lo cierto es que cuando menos pueden pensarse en varias que no lo están. Por ejemplo: se da acción a los municipios, pero no se especifica que pueden ejercerla contra municipios del mismo Estado, en tanto sólo se prevé que puedan accionar contra la Federación, los Estados (el suyo y otros) y contra otros municipios pero *de otro Estado distinto al suyo.* Otro ejemplo sería: ¿si puede un órgano de un Estado demandar por sí mismo a la Federación o debe ser el Estado como tal? Este último problema ya se ha presentado en la práctica, y a juzgar por los criterios que ha sostenido el tribunal en los mismos, puede afirmarse que, a diferencia de lo que sugiere el texto constitucional y aun cuando hubo algunas discusiones al respecto, a la fecha, cualquier componente de un Estado puede accionar por sí en nombre del mismo, aún en juicios verticales, salvo que su Constitución o legislación interna disponga otra cosa (como sucede, por ejemplo, en Quintana Roo, que se pide un acuerdo entre los tres Poderes del Estado).

No obstante lo antes dicho, la jurisprudencia ha sido muy abierta en torno a quién pueden demandar los promoventes de este tipo de juicios lo que ha permitido que pueda demandarse en esta vía a entidades u órganos que no entrarían en la literalidad del texto constitucional o la LR105 (M. A. Hernández Chong Cuy, 2011).

Quien se presenta como "promovente" de una CC, por supuesto, debe acreditar ser el titular de la entidad, poder u órgano demandante o, en su caso, acreditar que por ley u otro acto jurídico cuenta con la representación jurídica necesaria para comparecer en el juicio en nombre de quien comparece (J.R., Cossio Díaz, 2009).

Un último aspecto que conviene referir en relación al sujeto activo en la controversia, es en lo relativo a cuántos sujetos pueden presentarse en el lado activo de la relación procesal; esto es: ¿Puede haber una pluralidad de promoventes en una CC? La Constitución no resuelve o atiende esta situación de manera directa ni tampoco lo hace la LR105. Lo único que se prevé lo refiere el artículo 38 de ésta última que señala que no está permitida la acumulación de juicios, aun cuando la prohibición de acumulación no resuelve la pregunta que ahora nos ocupa. En este rubro debe señalarse que si bien no se ha localizado algún pronunciamiento específico o expreso de la SCJN sobre este punto, una revisión de los juicios tramitados permite advertir que ya en varias ocasiones

se han presentado demandas con pluralidad de promoventes a las que se les ha dado trámite ordinario, sin que haya habido alguna manifestación en lo particular durante su instrucción, ni a su escisión procesal y los juicios se han fallado sin que en las sentencias se haga el menor reparo en este aspecto (Como ejemplos podemos mencionar las CC: 11/1995, 54/1996, 4/1998, 6/1998, 43/2004, 25/2001). En estas, el Tribunal no destacado ese punto, menos aún establecido si era posible considerarlo un litisconsorcio activo.

María Amparo Hernández Chong Cuy

Protección de derechos económicos, sociales y culturales

La expresión "derechos económicos, sociales y culturales" (DESC) se utiliza preferentemente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que en los contextos internos suele emplearse la terminología "derechos sociales".

Los DESC no son menos derechos que los civiles y políticos. De hecho, son pre-requisitos para el disfrute de varios de estos últimos. Piénsese por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales aquéllos serían poco más que simples palabras o sólo "derechos de o sobre el papel" como de modo crítico lo denomina prestigiosa doctrina (Ferrajoli, Wellman, Guastini). Expuesto en otros términos, por medio de hechos y no de fraseología vana debe garantizarse un *mínimo vital* intangible en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Como no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo, se torna imprescindible la búsqueda de caminos procesales constitucionales para efectivizarlos en los marcos jurídicos estatales (el *amparo* es de gran valor al efecto) o, eventualmente, de vías idóneas para acceder a instancias internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos o Comité de DESC de la ONU).

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera, media separación antinómica. El empleo léxico de la expresión "generaciones de derechos humanos", u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos (ver Cançado Trindade, Rabossi), puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también unitaria. De ello se sigue que si los derechos tienen un carácter integral, también lo debe tener su protección. La escisión de los derechos humanos en "categorías" pretendidamente diversas y estancas conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la universalidad, la interrelación e interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIa Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/24 [Parte I], cap. III Viena, 25 de junio de 1993), que precisamente potenciara aquellos caracteres, establece que "debe hacerse un esfuerzo concertado para garan-

tizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional" (Parte II, párr. 98 de la declaración y el programa de acción aludidos).

Los Estados deben garantizar las condiciones mínimas para la protección y la concreción de los DESC, que son derechos fundamentales. El respeto y la realización fáctica de éstos vinculan genéricamente a los clásicos poderes del Estado: al ejecutivo, al diseñar las políticas sociales; al legislativo, al dictar las cláusulas pertinentes para impulsar la operativización de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; y al judicial, al aplicar e interpretar la normativa emanada de los órganos competentes, salvar las omisiones inconstitucionales e inconvencionales en que éstos incurran, supervisar la progresividad sustentable de aquellos derechos (que no debe verse como una crónica inocuidad) y procurar enervar los intentos de regresividad injustificada a su respecto.

Sin perjuicio de que todos los órganos del poder constituido están involucrados en tales menesteres, sin duda la actividad de la judicatura constitucional adquiere singular importancia ya que el recaudo de agotamiento de los recursos internos para viabilizar el acceso a alguna instancia internacional de protección requiere ineludiblemente la intervención de aquélla, por lo que su rol en este ámbito es esencial en tanto garante final de los derechos humanos en el plano doméstico. Es igualmente significativa la intervención jurisdiccional porque su actuación —al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión en el campo de los DESC— produce un doble efecto: *directo*, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e *indirecto*, pues una línea jurisprudencial consistente puede ser un valioso instrumento para incidir en la formación o el redireccionamiento de políticas públicas en materia social, especialmente en momentos en que los niveles de desigualdad, exclusión y pobreza se tornan más acuciantes.

En cuanto a las alternativas protectorias internacionales, en la dimensión *interamericana* la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene sólo una norma acerca de los DESC: el art. 26, bajo el título "Desarrollo progresivo". La cláusula en cuestión aparece un tanto difusa y se refiere al logro progresivo de la plena efectividad de tales derechos, "en la medida de los recursos disponibles". Además, y a diferencia de lo que sucede con los derechos civiles y políticos, en la citada disposición los DESC no aparecen directamente individualizados sino aludidos por vía de remisión a "los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires".

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha producido un desarrollo jurisprudencial muy profuso en torno a la cláusula en análisis. Pueden relevarse dos casos en el particular, aunque en puridad en ambos evitó pronunciarse sobre la invocada vulneración de tal artículo: "Cinco Pensionistas *vs*. Perú" (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98) y "Acevedo Buendía y otros *vs*. Perú" (Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1o. de julio de 2009, Serie C, núm. 198). En el primero de ellos la interpreta-

ción del art. 26 aparece desenfocada pues pareciera exigir [impropiamente] la convergencia de una violación colectiva de DESC en el Estado en cuestión para poder expedirse al respecto; mientras que en el segundo, se aprecian consideraciones más elaboradas y superadores en el particular, por ejemplo, al dejar sentado que las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la CADH resultan también aplicables al art. 26, *ibídem*.

En el marco de la búsqueda de técnicas argumentales o vías alternativas que propicien la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC en la esfera interamericana, deben contabilizarse —entre otras— los principios de igualdad y de debido proceso y el derecho fundamental de acceso a la información pública. Pese a tales estrategias mediatas, es imperioso que la Corte IDH profundice la discusión y avance en la línea de conferir plena justiciabilidad al art. 26 de la CADH más allá de los enlaces indirectos que pudieran existir entre los DESC y otros derechos consagrados en dicha Convención y que ha constituido en general la posición corriente que en la materia ha asumido el Tribunal. Justamente, el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el "Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador" (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261) ofrece interesantes aristas y muestra el buen camino que debe transitarse en el sentido indicado.

No puede omitirse indicar un importante instrumento internacional específico en la materia: el Protocolo de San Salvador, Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Dicho Protocolo prevé un sistema de *informes periódicos* acerca de las medidas progresivas que los Estados hubieran adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el protocolo. Pero además, establece una vía de *peticiones individuales* articulables ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aunque restringidas a los supuestos de violaciones a la libertad sindical (art. 8.1.'a') y al derecho a la educación (art. 13), en los términos del art. 19.6, *ibídem.* Pese al reducido espacio acordado a las peticiones individuales, podrían explorarse también alternativas vinculadas a otros preceptos del Protocolo, cuando exista conexión lógica entre ellos; además de acusar casos de discriminación respecto de la libertad sindical o los derechos relacionados con la educación (ver García Ramírez).

En el ámbito europeo, y además del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (complementado por dieciséis protocolos) que principalmente se ocupa de derechos civiles y políticos, existe la Carta Social de 1961, que cuenta con dos protocolos consolidados por medio de la Carta Social revisada de 1996, y cuyo órgano de supervisión es el Comité Europeo de Derechos Sociales. Ya en el contexto de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, que es un instrumento internacional vinculante a partir de la vigencia del Tratado de Lisboa (1o. de diciembre de 2009), se nutre de los citados convenio y carta social europeos.

En el plano universal (Comité de DESC), debe resaltarse que uno de los puntos débiles del sistema de protección tradicionalmente radicaba en la imposibilidad de presentar denuncias individuales ante el mencionado Comité.

Ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción el 10 de diciembre de 2008 en Nueva York del Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales durante la 63a reunión de la Asamblea General de la ONU (Resolución A/RES/63/117), en vigor desde el 5 de mayo de 2013.

Víctor Bazán

Protección judicial

Es un derecho humano derivado, primordialmente, del contenido de los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El derecho a la protección judicial está intrínsecamente ligado a la existencia de un recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos.

Históricamente, el derecho a la protección judicial se consideró indispensable para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos; sin embargo, no existía consenso en la comunidad internacional sobre la naturaleza del recurso efectivo. Esta divergencia se materializó durante las discusiones para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por un lado, los países anglo sajones abogaban por un recurso basado en el *habeas corpus*, mientras que los países latinoamericanos preferían un recurso fundado en el *amparo*, tal como se había plasmado en las discusiones previas a la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, durante la Conferencia de Chapultepec de 1945. Fue el representante de la delegación mexicana, Pablo Campos Ortiz, quien propuso la redacción actual del artículo 8o. de la DUDH, sosteniendo que el *amparo*, es el reflejo de un derecho fundamental, plasmado en las constituciones de los países de América Latina, esencialmente el derecho participar en procedimientos jurisdiccionales, bajo las bases de un recurso sencillo y efectivo que garantice la protección contra actos de autoridad violatorios de los derechos de los individuos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha precisado que la protección judicial supone, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Asimismo, en los casos *Caso Castillo Páez* vs. *Perú* (Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo), y *Suárez Rosero* vs. *Ecuador* (Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Fondo), respectivamente, la Corte IDH lo concibe como uno de los pilares básicos, no sólo de la CADH, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. En el ámbito europeo, el derecho a la protección judicial está limitado a las acusaciones de carácter penal y a los derechos y obligaciones de carácter civil. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), efectuando una interpretación amplia, reconoció la aplicación de esta cláusula a ciertos derechos económicos y sociales, particularmente en los casos *Deumeland* y *Fledbrugge.* Concomitantemente —y con orientación similar a la Corte IDH—, el TEDH se ha referido al prominente lugar que el derecho a un juicio jus-

to ocupa en una sociedad democrática según el significado otorgado por el Convenio, circunstancia que trae como consecuencia que no puede haber justificación en interpretar el artículo 6.1. de la Convención restrictivamente.

En al ámbito americano se prevé un amplio ámbito de aplicación del derecho a la protección judicial en relación con el espectro de derechos que se encuentran amparados, ya que no realiza ningún tipo de distinción. Así, el artículo 25 de la CADH consagra, de manera expresa, el derecho a la protección judicial:

"Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII dispone: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

La Corte IDH no ha emitido, a la fecha, pronunciamiento sobre lo que debe ser entendido como un recurso sencillo y rápido pero, en todo caso, ha de ser efectivo, en el sentido manifestado por la propia Corte IDH en el *Caso Velásquez Rodríguez* vs. *Honduras* (Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo), a saber: "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido". De esa manera, —coincidiendo con Ibáñez Rivas—, tanto el recurso sencillo y rápido, como el no sencillo ni rápido deben, en consecuencia, ser efectivos.

Finalmente, el párrafo 32 de la *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* reconoce que el artículo 25 de la CADH: "…es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención".

En esa tesitura, el último párrafo del artículo primero de la nueva Ley de Amparo recoge la esencia deontológica de la protección judicial al postular que el amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley.

Carlos Pérez Vázquez

Protocolo de estambul

El Protocolo de Estambul es la denominación internacional con la que se conoce al *Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes.* Se trata de un documento que contiene las directrices mínimas adoptadas por más de 75 expertos en derecho, salud y derechos humanos para la investigación y documentación eficaces de actos de tortura en personas sobrevivientes, con la finalidad de contar con prueba fehaciente en la comprobación del referido delito ante los órganos jurisdiccionales.

El manual fue elaborado en Estambul, Turquía, con el objeto de presentarlo para la consideración de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo cual tuvo verificativo el 9 de agosto de 1999. Los pasos iniciales para trabajar en el presente documento se dieron en una reunión en 1996, organizada por la Asociación Médica Turca y fueron inspirados por las necesidades y practicas diarias experimentadas por la *Action for Torture Survivors* (HRFT) de Ginebra y la Sociedad de Especialistas en Medicina Forense en Turquía. En particular, derivado de la investigación de la muerte de Baki Erdogan.

Como el propio manual lo señala, "aunque la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario prohíben sistemáticamente la tortura en cualquier circunstancia, la tortura y los malos tratos se practican en más de la mitad de los países del mundo. La notable discordancia que existe entre la prohibición absoluta de la tortura y su prevalencia en el mundo de hoy demuestra la necesidad de que los Estados identifiquen y pongan en práctica medidas eficaces para proteger a las personas contra la tortura y los malos tratos". El propósito del protocolo de Estambul es servir como guía internacional para la evaluación de las personas que han sido torturadas y con ello coadyuvar en la investigación de casos de posible tortura.

El manual recoge los principios comunes a todos los códigos de ética internacionales en la atención de la salud, tales como: i) el deber de dar asistencia compasiva, ii) el consentimiento informado; y iii) la confidencialidad. Permite al perito o médico legista acceder a una vasta información de la víctima con el fin de producir informes médicos de alta calidad y obtener evidencia relevante y precisa del caso la cual es presentada ante los órganos jurisdiccionales correspondientes para colaborar en la búsqueda de la verdad histórica de los hechos sujetos a investigación y en la correcta impartición de justicia. De igual forma permite a los expertos legales a obtener declaraciones relevantes, precisas y fiables de víctimas de tortura y testigos para así facilitar el uso de tales declaraciones en procedimientos legales contra los perpetradores; recuperar y conservar evidencia relacionada a la supuesta tortura y establecer cómo, cuándo y dónde la supuesta tortura ocurrió.

El examen médico/psicológico realizado a la víctima como parte de la aplicación del Protocolo de Estambul contiene tópicos precisos para su documentación, entre los que se encuentran:

a) Información sobre el caso (generales de la víctima)

b) Calificación del clínico (experiencia y formación clínica del médico)
c) Antecedentes médicos
d) Narración de los hechos, en circunstancias de modo y lugar
e) Síntomas
f) Exploración física
g) Fotografías

Además, el Protocolo de Estambul cuenta con dibujos anatómicos con la finalidad de documentar de manera ilustrativa todo signo de tortura o maltrato presente en la víctima, de tal forma que con el examen médico/psicológico, el perito tendrá de manera metódica, completa, descriptiva e ilustrativa un examen físico-clínico-psicológico, que lo oriente y dirija en la búsqueda de todos los rubros elementales y básicos de la investigación pericial sobre posibles actos de tortura. Debido a su diseño y estructura es un documento médico legal de elevado alcance pericial y trascendencia jurídica. Por ser un dictamen pericial, incluye entre otra información:

1. Marco jurídico para su adecuada y oportuna aplicación.
2. La autorización para su aplicación por parte del examinado-denunciante.
3. Sección y ordenamiento de datos informativos, obtenidos mediante la versión del examinado, para llevar a cabo la búsqueda intencionada de la presencia o ausencia de huellas, indicios o secuelas de lesiones físicas y/o psicológicas.
4. Descripción del modus operandi aplicado, que produjo las lesiones denunciadas.
5. Circunstancias de tiempo, modo, forma y lugar que prevalecieron durante el hecho.
6. Información sobre la independencia pericial y la inexistencia de restricción alguna para el perito actuante.
7. Incluye los esquemas de evaluación de *Harvard y Hopkins*, que son aspectos y conocimientos de valoración psicológica y psiquiátrica que permitirán identificar posibles alteraciones psicológicas que tengan concordancia o correspondencia de la versión del examinado.

A pesar de que el “Protocolo de Estambul” ha sido apoyado por la Organización de Naciones Unidas (ONU) desde su creación, éste no tiene el carácter obligatorio para los países. Las normas internacionales obligan a los gobiernos a investigar y documentar los incidentes de tortura y otras formas de maltrato y castigar a los responsables de manera comprensiva, efectiva, tacita e imparcial. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (desde el 2006, Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas) han insistido fuertemente a los países el que los Principios en el Protocolo son una herramienta útil para combatir la tortura.

El 23 de Abril del 2003, la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su resolución a los derechos humanos y la ciencia forense, atrajo la atención de los gobiernos sobre los principios contenidos en el Protocolo de Estambul como una herramienta útil para combatir tortura.

En consecuencia, además de ser reconocido por el sistema de las Naciones Unidas, el protocolo de Estambul ha sido adoptado por varios países.

La Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y las personas, deliberó sobre la importancia del protocolo de Estambul durante la 32a sesión ordinaria en octubre del 2002 y concluyó que las investigaciones de todos los alegatos de tortura o maltratos, deben ser efectuadas con prontitud, imparcialidad y efectividad, guiadas por los principios de Estambul.

La Unión Europea refiere al Protocolo de Estambul en su Guía de la Política de la Unión Europea Sobre la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en los Países del Tercer Mundo, adoptado por el Consejo de Asuntos Generales en el 2001. La guía menciona que los países deben "conducir investigaciones rápida, imparcial y efectivamente en todos los alegatos de tortura acorde con las reglas de Estambul anexadas en la resolución CHR 2000/43" y deben "establecer y operar procedimientos domésticos efectivos para responder e investigar quejas y reportes de tortura y maltrato de acuerdo con las reglas de Estambul".

Jorge Cruz

Prudencia

El término prudencia, entendido como *phronesis*, pertenece hoy en día más al campo de la filosofía práctica que al del derecho. La prudencia en la tradición griega era un concepto hasta cierto punto intercambiable con el de sabiduría siempre en relación con la razón y el buen juicio, especialmente en contextos más prácticos que teóricos.

Aristóteles es el filósofo que desarrolla el concepto de prudencia y la identifica como una de las virtudes dianoéticas, junto con la sabiduría y la inteligencia, distintas de las virtudes éticas como la liberalidad y la moderación. La virtud debe distinguirse de las pasiones y las facultades pues constituye un modo de ser, por el cual el hombre se hace bueno y realiza bien su función (Ética Nicomáquea, libro II), es decir, es un modo de ser selectivo basado en la razón.

Para Aristóteles deliberar y razonar son lo mismo, si bien no tiene objeto deliberar sobre aquello que no puede ser de otra manera (necesario), ni tampoco sobre aquello que no se es capaz de realizar, de manera tal que la prudencia debe entenderse como un modo de ser racional y práctico en relación con lo que es bueno y malo para el hombre.

La prudencia es una virtud práctica, se refiere más a las cosas humanas que a lo universal y por ello no es ciencia, pues trata sobre lo particular; es, además, normativa, pues su fin es lo que se debe hacer o no, y cuando existe la prudencia todas las demás virtudes están presentes pues mientras la recta intención determina el fin, ésta realiza las acciones para alcanzarlo.

Esta noción de prudencia es la que subyace en la práctica jurídica de la antigüedad (*iuris prudentia)* pues la importancia práctica del derecho era la que mayor peso tenía.

Sin embargo, es más bien el ámbito filosófico, el que ha utilizado el concepto de phronesis, por ejemplo, en el campo de la ética, para criticar la per-

manente equiparación de las ciencias sociales con las naturales, aún si el objeto de estudio es el ser humano, cuya conducta no es predecible (Alasdair MacIntyre).

Heidegger recupera igualmente el concepto aristotélico y hace una interpretación de la Ética Nicomáquea según la cual ésta puede leerse como una ontología de la existencia humana. En ese contexto, considera que la *praxis* se corresponde con la *phronesis* y esta última es una manera de comportamiento en y hacia el mundo, a partir de la cual el ser humano es capaz de conducirse y preocuparse por éste. La *phronesis* es una forma de circunspección conectada a la conciencia y a la deliberación, que se manifiesta en la acción humana y es, en esa medida, el punto de partida de las acciones significativas frente a las contingencias de la vida.

Hoy en día la exigencia para los jueces de hacer efectivos los derechos humanos supone en muchas ocasiones no sólo la labor de interpretación de normas, principios y valores, sino primordialmente, la de ponderación de los derechos que están en juego así como la de las consecuencias de hacer prevalecer unos sobre otros; ello pone de relieve que la razón judicial corresponde a una razón práctica más que a una teórica, en la medida en que a partir de la deliberación del juez, la sentencia que se dicta dirige, valora, ordena o prohíbe conductas particulares. En ese sentido, vale la pena reflexionar sobre la validez y pertinencia de una concepción del derecho como ciencia prudencial (al menos por lo que se refiere a la actividad jurisdiccional), a partir de la cual pueda explicitarse de mejor manera la función de la judicatura, incluyendo, por supuesto, la motivación de sus fallos.

Andrea Zambrana Castañeda

Prueba en los procesos constitucionales

Cuando comenzamos el estudio de una disciplina, la pregunta por las definiciones es crucial, no sólo porque nos permite definir el objeto de estudio, sino también porque nos deja entender los elementos más básicos y constitutivos sobre los cuales se construirá el conocimiento. La pregunta *¿qué es X?* pretende ser respondida con una definición, esto es, con un enunciado descriptivo que devele las *condiciones necesarias y suficiente* sobre aquello que se pregunta. Entiéndase el requisito de necesidad como aquella propiedad sin la cual lo definido no podría ser o existir, mientras que el requisito de suficiencia obedece más a aquel conjunto de propiedades sin las cuales lo definido no sería eso sino otra cosa. La necesidad hace que algo sea lo que es, mientras que la suficiencia hace que algo sea eso y no otra cosa distinta. Sólo a partir de una definición que cumpla los requisitos de necesidad y suficiencia el objeto de estudio estará completamente determinado. Por ejemplo, definir un vaso como un recipiente que puede contener líquido no cumple el *requisito de suficiencia*, pues si bien todo vaso debe poder contener líquido, *no es suficiente* ya que hay otros objetos, como un balde o una copa, que también lo hacen.

En el caso de las pruebas judiciales ocurre lo mismo: si no se tienen claras las nociones de *derecho probatorio*, *prueba judicial* y del verbo *probar*, será imposible construir una teoría de la prueba judicial. Los elementos básicos y constituti-

vos de toda disciplina deben estar exentos de ambigüedades para que la teoría que se modele sobre estas nociones descanse sobre pilares sólidos.

Lo anteriormente expuesto no escapa a los procesos constitucionales: los criterios fundamentales de derecho probatorio que venían manejando en Colombia, tanto el legislador como el funcionario público, están consagrados en la Constitución Política de 1991 como derechos fundamentales o como instrumentos de garantía de derechos fundamentales; se estructura de esa manera un verdadero derecho probatorio constitucional, cuyas prescripciones conforman los fundamentos constitucionales de la prueba, imponiéndose al legislador y por supuesto al intérprete. Del artículo 29 superior, se desprenden cardinalmente unos principios probatorios constitucionales que obligan tanto al legislador a programar cualquier actuación como al oficio público a desarrollarlos; se destacan el principio de publicidad, de contradicción, de adecuada defensa, el deber del funcionario de no estimar medios probatorios aducidos a la actuación sin la observancia del rito procedimental, así como no tener en cuenta hechos que no hayan sido llevados a la actuación por medios probatorios legítimos, uniéndoseles otros muchos conocidos como tradicionales, tales como principios de necesidad de la prueba, de eficacia jurídica, de unidad de la prueba, de comunidad de la prueba, de interés público de la función de la prueba, de lealtad y probidad o veracidad de la prueba, de libertad de prueba**.**

La noción de derecho probatorio, contiene en sí misma una distinción tácita con la noción de prueba y la de probar. Una posible definición de derecho probatorio que cumpliría con los requisitos de necesidad y suficiencia —del cual hablamos precedentemente— sería la siguiente: El *derecho probatorio* es la disciplina que se preocupa por el fenómeno de la reconstrucción que hacen las partes de unos enunciados fácticos de los hechos socialmente relevantes acaecidos en el pasado (procesal o extraprocesal), a partir de unos medios probatorios idóneos tasados en la ley, para lograr el convencimiento del juez; en el caso de los procesos constitucionales, el juez constitucional.

La noción de prueba en sentido jurídico, se presenta en dos sentidos: i. El jurídico extraprocesal, donde lo que se pretende es o, cumplir con la solemnidad que la ley exige para la existencia y validez del acto jurídico, como sucede por ejemplo, con los actos dispositivos de derechos reales en bienes raíces, o, darle seguridad y garantía a los derechos subjetivos; o, simplemente para crear, modificar o extinguir situaciones derivadas de los hechos, actos y providencias que la ley califica como idóneos; ii. En sentido jurídico procesal, la prueba es la herramienta procesal, la razón, el argumento, el instrumento o el medio con el que se pretende demostrar o hacer presente al funcionario competente la verdad o falsedad de algo, para que aplique determinada consecuencia jurídica. Esta última acepción, determina la relación ineludible de la prueba con el derecho procesal; se configura así la trilogía: norma sustancial —hipótesis—; prueba —la razón de la convicción—; y la forma de llevarle al funcionario esa razón, o de adquirirla oficiosamente. Esta forma la gobierna el derecho procesal: determina el medio o los medios, la admisibilidad y oportunidad, el modo y el sistema de valoración.

Noción de prueba en el Derecho Procesal Constitucional: Siendo el derecho procesal constitucional, una disciplina reciente, todavía en proceso de formación, se propone la siguiente noción de prueba al respecto: *Son las razones, los argumentos, los instrumentos o los medios, de naturaleza predominantemente procesal, dirigida a verificar el cumplimiento o no de la Constitución.* En el entendimiento que no sólo hace referencia a velar por la supremacía e integridad de la carta política, sino también a garantizar la protección de los derechos fundamentales constitucionales; es decir, nos estamos refiriendo a los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad. Cuando el control de constitucionalidad es abstracto, es importante determinar el vicio de inconstitucionalidad, por cuanto si es de *contenido material o sustancial*, el examen que realiza el juez es de puro derecho, en consecuencia, —como regla general— no requiere la práctica de pruebas y por tanto, el período probatorio es irrelevante; en efecto, es un cotejo entre la norma demandada y la Constitución para ver si existe contrariedad de materias, conflicto de fondo. Pero, si el vicio es de *contenido formal o de procedimiento*, es importante acudir a los medios de prueba pertinentes, para determinarlos; se recuerda que, siendo el procedimiento legislativo un tanto complejo, regularmente surgen (tales vicios) durante el proceso de formación de los proyectos de ley o de actos legislativos o de un decreto, ya sea por violación de las reglas procedimentales previstas en la Constitución o en la ley orgánica del reglamento interno del congreso. Verbi gratia, que entre el primero y el segundo debate no transcurra un lapso mayor de ocho días; la introducción de nuevos artículos en los últimos debates; que la aprobación del texto no se adopte por la mayoría de los votos requeridos reglamentariamente, etcétera.

En cuanto a los procesos de control concreto de constitucionalidad, el estudio se circunscribe a la prueba en la Acción de tutela o de Amparo y se precisa que, si bien el procedimiento de tal acción constitucional es sui generis, el que se trate —en Colombia— de un término breve y sumario, no pretermite la etapa probatoria que en tales procesos debe surtirse; de hecho, en todo este accionar se tienen que cumplir las normas y principios que rigen el debido proceso y que a partir de la carta política de 1991, se han erigido en *Principios Probatorios Constitucionales,* de acuerdo al artículo 29 de la Constitución y que, por supuesto son de aplicabilidad en los procesos de acción de tutela, por cuanto que conforme al artículo 4o. del secreto 306 de 1992 *"los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto en el Decreto 2591/91 (reglamentario de la acción de tutela), serán los principios generales del C. de P. C., en todo aquello que no sea contrario a dicho decreto".* Los artículos 18 a 22 y 32 del secreto 2591/91 puntualizan las disposiciones relacionadas con la actividad probatoria en esta clase de procesos, que no obstante la precaria normatividad, se cumple una actividad probatoria muy particular.

En cuanto a la *noción de probar*, se recuerda que la concretización de la prueba no es cosa distinta que el acreditar la existencia o no de ciertos hechos que se alegan (acción de probar), derivando de éstos juicios, motivos o razones que convenzan al juzgador (certeza), utilizando los mecanismos o medios de que nos provee el ordenamiento jurídico (medios de prueba).

Finalmente, es necesario recordar que el estudio del derecho probatorio comprende la teoría general de la prueba y la parte especial de la misma;

la primera, referida a los cinco grandes interrogantes o problemas jurídicos: ¿Qué es probar? ¿Qué se prueba? ¿Quién prueba? ¿Cómo se prueba? ¿Cómo se valora la prueba?; la segunda, relacionada con los medios de pruebas o instrumentos probatorios. Este esquema es el que se recomienda, debe seguirse para los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad; procesos atípicos dadas sus características; atipicidad que se predica en la manera cómo se surte el debate probatorio.

Ana Giacomette Ferrer

Prueba genética

Etimológicamente *provar* proviene del latín *probãre* que significa justificar y manifestar la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos; en ese sentido se define a la *prueba* como a toda razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar la verdad o falsedad de algo. Por otro lado, entendemos como *Genética* a la disciplina que tiene como objeto el estudio del contenido de los genes y los rasgos específicos de los mismos. Desde la óptica jurídica podemos definir a la *prueba genética*, como: el medio de convicción que permite mostrar la veracidad de ciertos hechos controvertidos en un juicio que la ley permite, autoriza y reconoce como eficaces para obtener las características e información genética de determinado ser vivo. El objeto de la prueba en general busca respuestas a distintas interrogantes, por ejemplo: "qué se prueba, qué cosas deben probarse". Distinguir pues entre los juicios de hecho y los de puro derecho, como lo dicta una máxima jurídica; a sabiendas que los primeros dan lugar a la prueba, y los segundos no. Entonces, podemos decir que la información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en un soporte científico determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información genética específico. Cuando hablamos de la prueba genética, un aspecto de trascendencia es el garantizar la fiabilidad y confiabilidad de la prueba, al iniciarse la práctica de este tipo de exámenes, tanto la inexperiencia como el error humano, e incluso técnicos hicieron de este tipo de exámenes una prueba "especial", tanto por la importancia en sus resultados, como la necesidad de su adecuado y pertinente manejo. Para el caso de este tipo de pruebas en el ámbito penal, han asignado a una o varias instituciones científicas la autoridad para realizar este tipo de pruebas genéticas. Esta seguridad científica le ha otorgado un mayor peso en la admisibilidad de la prueba de identificación de ADN para cuestiones de filiación, por ejemplo. En la práctica, una vez que los laboratorios realizan el examen prueba genética deben enviar al tribunal un reporte escrito que incluya en términos generales: 1. La muestra de los lugares de ADN, así como, las huellas de enzimas de restricción utilizadas para cada persona; 2. El poder de exclusión de cada examen; 3. El poder de exclusión acumulativo; 4. El índice de filiación para cada sistema genético; 5. El índice de filiación; y 6. La probabilidad de filiación.

Como podemos observar la aceptación de la prueba de ADN en nuestro país habrá de ajustarse a las normas de filiación actualmente en vigor, y dado el caso, será necesario realizar algunas reformas legislativas, en especial sobre

las consecuencias de la filiación cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida, que en la actualidad representan una laguna jurídica dentro de nuestro derecho civil. En la medida en que los tribunales se organicen en la ejecución de este tipo de pruebas por parte de una institución competente, podrá concederle un valor probatorio satisfactorio es los casos de filiación. La identificación genética representa actualmente la prueba más eficaz y convincente para conocer la veracidad biológica en materia de filiación. Puesto que, hoy día contamos con los instrumentos necesarios para revelar con casi exactitud los lasos de filiación, la decisión de utilizarlos depende de la opinión de cada sociedad.

En materia de inviolabilidad de la persona, el examen genético ha generado el debate sobre si es posible realizar la prueba Genética a partir de cualquier tipo de tejido sin el consentimiento previo, ello constituye un atentado contra la integridad física del cuerpo humano. Esto implica una modificación sobre el concepto del consentimiento informado, aunque por regla general éste debe ser libre y claro. La libertad, la vida privada, la confidencialidad de la vida privada, constituyen la piedra angular susceptible de ser violentada por el uso de los exámenes genéticos, por lo que habrán de tomarse medidas jurídicas para su prevención y protección.

Dentro de las ramas del derecho social se encuentran el derecho del trabajo el cual se podría ver alterado por el impacto de las novedosas tecnologías genéticas. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. La Ley Federal del Trabajo, reglamenta la obligación que tienen los trabajadores a someterse a los reconocimientos médicos previstos en el reglamento interior y demás normas existentes en la empresa o establecimiento, para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo, contagiosa o incurable. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. En este sentido, es que la información genética del trabajador, no puede ser reglamentada en ninguna ley de trabajo, ya que forma parte de un rubro más general que es el derecho a la confidencialidad de la información nominativa. Por lo tanto, sería ilegal cualquier tipo de examen genético que se practique con motivo de la contratación laboral; en caso, de ser autorizado el examen la información habría: manejarla en forma discreta, y los resultados no deberían ser motivo de una contratación o rechazo definitivo, sino simplemente como un mayor manejo de información, en beneficio del trabajador ya contratado.

Con relación al acceso de la información genética, toda persona tiene derecho a la intimidad, es decir, que la información relativa a su estado de salud es estrictamente confidencial y restringida para el uso de los profesionales de la salud, de tal forma que, sólo el interesado está autorizado para conocer su código genético, debiendo ser informado de los riesgos involucrados así como de los medios terapéuticos a su alcance.

Por otro lado en el derecho penal, las pruebas de huellas genéticas del ADN se han convertido en una técnica *ad hoc* dentro de las investigaciones criminales, debido a que los resultados pueden ser obtenidos a partir de cual-

quier tipo de fuente de material biológico, ya que todos contienen en sus células el código genético del organismo al que pertenecen. En contraste con los exámenes convencionales de análisis de sangre, cuya confiabilidad dependen de la habilidad de obtener tanto sangre como fluidos humanos, los resultados del ADN no dependen de la naturaleza del material o del tipo de célula analizada, ya que, el código genético está en cualquier tipo de célula del individuo.

Ahora bien, dentro del derecho privado las repercusiones que tienen las tecnologías del ámbito genético, destaca otra rama, por ejemplo, la del derecho mercantil, dentro de la genética, nos interesan tanto el seguro de vida, como el seguro médico. Los recientes avances en la genética han sido vistos con cierta inquietud en cuanto a las repercusiones en el ámbito de seguros médicos. En el contexto de los seguros la información genética puede permitir a las compañías aseguradoras seleccionar con mayor precisión en manejo de los riesgos de salud, y evaluar la posibilidad de asegurarlos. Con relación al manejo de la información genética, debemos decir que aquellas propuestas que pretenden prohibir el uso de la misma y por parte de las compañías de seguros se alejan de la realidad. Lo importante es encontrar las normas que reglamenten adecuadamente las condiciones de cualquier contrato de seguro médico, previendo los intereses a las partes en cuestión, pero sin discriminar, ni dejar sin atención médica en función de una enfermedad, elicitada por un estudio o prueba genética.

María de Jesús Medina Arellano

Pueblos y comunidades indígenas

Los *pueblos indígenas* forman parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país,* cuya aspiración política es su pleno reconocimiento como grupos de personas *con gobiernos independientes*. Esta demanda se plantea al interior del Estado, por ello no se puede interpretar que pretendan convertirse en nuevos Estados, sino en pueblos con *autonomía* para decidir su desarrollo social, político y económico.

Las *comunidades indígenas* son *grupos sociales cuyos miembros viven juntos, o tienen bienes, intereses comunes*, y forman parte de un *conjunto de hombres viviendo en sociedad, habitando un territorio definido y tienen en común un cierto número de costumbres, de instituciones*. En este sentido, las comunidades indígenas de México forman parte de un pueblo indígena. Por ejemplo: las comunidades indígenas de Jesús María, Mesa del Nayar y de Santa Teresa (en el estado de Nayarit) forman parte del pueblo indígena Nayerij (cora). Al mismo tiempo, un pueblo indígena forma parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país* llamado México.

Los *pueblos indígenas y sus comunidades* han vivido históricamente bajo la subordinación de otras culturas. En este contexto, el contenido del término Pueblo ha sido reservado a lo que la cultura dominante determina. El fenómeno de *nacionalización de la sociedad* tuvo como efecto principal fortalecer la hegemonía de las culturas dominantes mediante el cual "el pueblo aparecerá, a los ojos de todos como *un* pueblo, es decir como la base y origen del poder político (Etienne Balibar)." De esta manera, las culturas de las poblaciones indígenas fueron integradas por las culturas dominantes en un discurso de consolidación

de la categoría pueblo como elemento legitimador de su hegemonía política. Así, se postuló (más como aspiración que como constatación) la existencia del *pueblo de la corona española*, durante la colonización castellana, y del *pueblo de México*, durante la consolidación de la República mexicana. El fin principal de este proceso fue el de controlar las poblaciones existentes (indígenas y no indígenas) en los territorios conquistados: "representadas en el pasado o en el porvenir como si formaran una comunidad natural poseedora en sí misma de una identidad de origen, de cultura, de interés, que trasciende los individuos y las condiciones sociales (*idem*)".

El Estado mexicano del siglo XXI dio un giro a su política de integración cultural homogeneizante al establecer como decisión jurídico-político fundamental en nuestra Constitución: el *Principio del pluralismo cultural*, es decir, la diversidad cultural de su población (reforma constitucional al artículo segundo del año 2001). Ello lo coloca en un proceso inédito: transformar el andamiaje judicial, legislativo y administrativo, hacia un respeto pleno de las diferencias culturales y su desarrollo.

La doctrina ha identificado el término p*ueblo* como un elemento fundamental de la categoría política dominante llamada *Estado*. Éste ha considerado que su poder es único e indivisible, por tanto, su población debe ser (como aspiración) culturalmente una e indivisible. Por ello, fue política del Estado mexicano la integración cultural de los pueblos indígenas en la mexicanidad, es decir, en la cultura que habla castellano y reproduce los valores de las sociedades llamadas modernas u occidentales. La sustitución del Instituto Nacional Indigenista por la Comisión Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas marca la distinción entre una política de estado *indigenista*, es decir, monoculturizante, por una política de respeto y desarrollo de las diferentes culturas: *pluriculturalista*.

La constante histórica en México ha sido la pluralidad de culturas. La Constitución reconoce que la población existente en el territorio mexicano ya no aspira a ser homogénea culturalmente, sino que *tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas*. El reconocimiento jurídico constata la realidad sociológica, de esta manera el principio de unicidad e indivisibilidad del poder se transforma considerando que el término pueblo de México incluye una pluralidad de pueblos, entre estos, los pueblos indígenas.

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria de los derechos Indígenas estableciendo un "Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas" (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliana Mata Noguez en "Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" (2011).

La Constitución mexicana vigente ha integrado en su seno otra decisión jurídico-político fundamental: el *Principio del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas*, es decir, reconoce no sólo el derecho de estos a ser y desarrollarse culturalmente, sino también políticamente, como parte del poder estatal, considerando a los primeros como género y a los segundos como sus especies. Define a los *pueblos indígenas* como "aquellos que descienden de po-

blaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas." Y considera a las *comunidades indígenas* como parte de un pueblo indígena: "Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres".

Es obligación de los estados de la República el reglamentar (con base en sus características geográficas, históricas y culturales) el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y sus comunidades establecidas en su territorio. El reconocimiento a nivel interno del derecho de los pueblos indígenas no violenta la unicidad e indivisibilidad del territorio nacional, ya que el Estado mexicano se había obligado a reconocer este derecho en su legislación al aprobar en 1992 el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). En este Convenio se establece que el derecho de los pueblos a la libre determinación no debe entenderse como un derecho a separarse de los Estados en donde se encuentran. En este mismo sentido se manifiesta la Organización de Naciones Unidas en la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (artículos 3-5), de 2007.

Jorge Alberto González Galván



Q



Queja en el procedimiento de derechos humanos

"Queja" viene del latín, del verbo *"queror" questus sum* dep. quejarse, deplorar (*suum fatum*, su suerte; *de aliqua re q.*, quejarse de algo), hacer oír sus quejas, sus voces plañideras. De ahí la partícula interrogativa *"quãre"*, adverbio que significa "¿por qué?", "¿por qué motivo?".

Y en otra acepción, queja es querella.

Del latín *querẽla-œ*, f. Queja, lamentación, reclamación, demanda, querella, descontento (*civitatis* de la ciudad), enfermedad. (Diccionario *Vox* latino-español-latino).

Una queja es una expresión que denota molestia, disgusto, lamentación o dolor. Una queja puede expresarse de diferentes maneras. En forma oral presenta peculiaridades de enojo y las palabras utilizadas pueden ser ofensivas o expresar dolor por el daño que es la razón de la queja. Pueden ser escritas, lo que es común en instituciones o dependencias gubernamentales en donde se emiten quejas y protestas por el incumplimiento de algún servicio o por la violación de derechos.

Quien se queja es porque está insatisfecho, porque reclama algo, y también porque de alguna manera quiere conseguir o indagar algo.

De la pretensión de plantear una queja o reclamación viene la acepción judicial que generalmente damos a este vocablo en derecho.

La queja en el procedimiento de derechos humanos es de carácter no jurisdiccional, cuasi-contencioso, paraprocesal o voluntario y de naturaleza administrativa; tiene varias acepciones, designa diversos tipos de acciones y recursos.

En México la queja, también llamada "reclamación" o "denuncia" en el procedimiento de derechos humanos, como acción, constituye un documento en el cual una o varias personas describen actos u omisiones cometidos por una autoridad o servidor/a público/a y que consideran violatorio de sus derechos humanos.

Su fundamento jurídico lo encontramos en el art. 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y su Reglamento Interno.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), conoce de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor/a público/a, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos; asimismo formulan recomendaciones públicas, no vinculatorias. Todo servidor/a público/a está obligado/a a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos.

Por ningún motivo la CNDH podrá examinar cuestiones jurisdiccionales o asuntos electorales.

La formulación de quejas y denuncias no afecta el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan hacer valer los afectados conforme a las leyes, no suspende ni interrumpe sus plazos preclusivos, de prescripción o caducidad.

Por otra parte, en este procedimiento existe también el recurso de queja mediante el cual se sustancian las inconformidades que se presenten ante la CNDH. Este recurso solo puede ser promovido por los quejosos o denunciantes que sufran un perjuicio grave, por las omisiones o por la inacción de los organismos locales de derechos humanos.

Los procedimientos de queja que se sigan ante la CNDH deben ser breves y sencillos, y se ejercerá la suplencia en la deficiencia de la queja.

Cualquier persona puede denunciar. La queja debe presentarse por escrito; sin embargo, en casos urgentes es posible formularla por cualquier medio de comunicación electrónica. No se admiten comunicaciones anónimas, pero en caso necesario se mantiene estricta confidencialidad sobre el nombre y datos del quejoso.

Si se llega a la conclusión de que existió violación de los derechos humanos, la CNDH emite una recomendación; por el contrario, si determina que la autoridad actuó justificadamente, concluye el expediente con un acuerdo de no responsabilidad.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analiza e investiga las violaciones de derechos humanos cometidas por autoridades gubernamentales, emite un informe y formula recomendaciones al Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) responsable y le otorga un plazo para cumplirlas a fin de que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que los hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro y para que se investiguen y se repare a las víctimas. Puede publicar sus conclusiones y recomendaciones en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

El término "queja" no se utiliza en este procedimiento. El Reglamento de la CIDH establece el de "petición". Así, peticionario/as es la persona o grupo de personas (puede ser una organización no gubernamental, ONG) que presenta la petición, y presunta/s víctima/s será la persona o grupo de personas presuntamente afectado/as por los hechos alegados en la petición. Las presuntas víctimas deben estar determinadas o ser determinables.

La parte peticionaria debe demostrar que hubo una violación a alguno de los tratados interamericanos de derechos humanos.

En el sistema de las Naciones Unidas existen dos procedimientos para la presentación de quejas o denuncias por violación de derechos humanos.

Por una parte, el procedimiento ante el comité respectivo para que examine las denuncias, en virtud de violaciones de los derechos que sean objeto de cuatro de los seis tratados de derechos humanos llamados "básicos", que son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Así como las quejas o denuncias que se presentan mediante procedimientos especiales a la Comisión de Derechos Humanos y a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

Al igual que en los casos anteriores, los mecanismos para su presentación son sencillos y accesibles.

La denuncia a un comité, también llamada “comunicación” o “queja”, no tiene que revestir una forma determinada.

Cualquier persona puede presentar una denuncia de violación de los derechos consagrados en el tratado para que el comité respectivo emita un fallo cuasi judicial; sin embargo, la denuncia no puede ser anónima.

Las denuncias con arreglo a uno de los cuatro tratados solo se pueden presentar contra el Estado que cumpla dos condiciones: ser parte en el tratado correspondiente y reconocer la competencia del comité establecido en virtud del tratado pertinente para examinar denuncias de particulares.

Cuando un comité toma una decisión, llamada “opinión”, sobre el fondo de una denuncia, suele hacer sugerencias y/o recomendaciones, incluso si formalmente ha llegado a la conclusión de que no existió violación de la convención de que se trate.

Por su parte, los procedimientos de quejas o denuncias a las comisiones arriba citadas son distintos de los de las quejas o denuncias ante los comités, presentadas en virtud de los tratados internacionales. Las quejas o denuncias a las comisiones se centran en pautas y tendencias más sistemáticas de violaciones de los derechos humanos, y se pueden presentar contra cualquier país del mundo.

La queja o denuncia se debe presentar por escrito, y debe ir firmada y especificar el Estado parte contra el que se presenta.

María de Lourdes García Ruiz

Quórum

El *Diccionario de la Lengua Española* define al quórum como: “Número de individuos necesario para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos”.

En el contexto del derecho parlamentario, el quórum es el número mínimo de miembros presentes que se requiere para que la Cámara baja o la alta puedan ya sea instalarse, deliberar válidamente, y en su caso, emitir resoluciones obligatorias; es decir, para que exista un mínimo de representatividad en las decisiones que se vayan a tomar.

En México, el quórum necesario para que el Congreso pueda sesionar data de la Constitución de 1824, art. 36, la cual señalaba que el Congreso no podía “abrir sus sesiones sin la concurrencia de más de la mitad del número de sus miembros”.

Posteriormente, la Constitución de 1857, en su art. 61, reguló el quórum en los mismos términos que la de 1824. Al restituirse la Cámara de Senadores en 1874 se estableció para ésta un quórum de dos tercios de sus integrantes.

Esta última situación fue regulada de la misma manera por el texto original de la Constitución de 1917; sin embargo, el 3 de septiembre de 1993 se reformó el art. 63 unificándose el criterio sobre el quórum para sesionar en ambas Cámaras: más de la mitad de los miembros. De tal manera, la Cámara de Diputados solo puede abrir sus sesiones con la concurrencia de

251 miembros, y la de Senadores con 65 (*Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*).

En su libro *Esencia y valor de la democracia*, Hans Kelsen afirma que el principio de la mayoría parlamentaria supone la existencia de una minoría, pues en ciertas esferas de intereses solo pueden dictarse normas con el asentimiento de una minoría calificada y no contra su voluntad; es decir, ciertas decisiones solo son posibles mediante un acuerdo entre mayoría y minoría.

También afirma Kelsen que todo el procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones. En ello estriba el verdadero sentido del principio de mayoría en la democracia genuina, y por esto es preferible darle el nombre de "principio de mayoría y minoría" (como dice en su libro Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*).

Acorde con el propio Kelsen, uno de los problemas más difíciles y peligrosos del parlamentarismo es el de la obstrucción, pues los preceptos reguladores del proceso parlamentario, y especialmente los derechos concedidos a las minorías, pueden ser utilizados por éstas para entorpecer e incluso paralizar el mecanismo parlamentario, ya sea mediante medios reglamentarios o ilegales. Sin embargo, según el jurista austriaco, la obstrucción ha sido no pocas veces un medio que en lugar de imposibilitar la formación de la voluntad parlamentaria la ha encauzado hacia una transacción entre mayoría y minoría.

Bajo este contexto, es pertinente que se definan los tipos de mayoría que pueden presentarse en los cuerpos deliberativos como los congresos o legislaturas:

Tipos de mayoría:

a) Simple: la que representa la mitad más uno de los votos de los diputados presentes en una sesión.

b) Relativa: la que representa el mayor número de votos que los diputados presentes en una sesión, respecto a los distintos resultados de las votaciones emitidas para un solo asunto.

c) Calificada: la que representa las dos terceras partes de los integrantes de la legislatura.

En el derecho comparado encontramos que en el ámbito parlamentario el porcentaje de miembros que se requieren para integrar el quórum varía en distintos países; por ejemplo, en Colombia se exige el 25% del total de los parlamentarios; en Chile, con la concurrencia de una tercera parte del total de los miembros de las Cámaras se puede sesionar; en Costa Rica el quórum para que se puedan efectuar sesiones es de dos tercios del total de la Asamblea; en Cuba, Perú y Paraguay es de más de la mitad del total de los miembros, y por último, en Argentina, Bolivia y Venezuela es el de mayoría absoluta. Asimismo, se exige el quórum al instalarse la sesión y al momento de la votación.

Ahora bien, la figura del quórum es aplicable también a otro tipo de cuerpos colegiados, bien sea en el ámbito de los poderes judiciales u órganos constitucionales autónomos.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México está compuesta por once ministros, y se requiere de un quórum de siete ministros

para sesionar válidamente, y para tomar decisiones como declaraciones de inconstitucionalidad en el Pleno se requieren mayorías calificadas de ocho ministros (tal y como lo menciona el art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por otro lado, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se compone de siete miembros, y en términos del art. 187 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación puede sesionar válidamente con un quórum de cuatro magistrados. En el caso de las Salas Regionales, también por ley se establece que se integran por tres magistrados, y para sesionar válidamente tienen que estar los tres magistrados, en cuyo caso, ante la ausencia de uno de ellos, un secretario en funciones cubrirá la ausencia del magistrado. Similar modelo adoptan los tribunales colegiados de circuito (tribunales de alzada en juicio de amparo y cortes de casación en el derecho comparado), quienes revisan la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones de los tribunales de las entidades federativas vía amparo directo.

El problema se ha presentado en órganos constitucionales autónomos o con autonomía técnica, como el Consejo de la Judicatura Federal (en términos del art. 100 de la Constitución mexicana es el órgano que administra, vigila y disciplina al Poder Judicial de la Federación con independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se conforma por miembros del Poder Judicial de la Federación, Senado de la República y Ejecutivo Federal) que se integra por siete miembros, y el quórum se integra con cinco consejeros; sin embargo, existen casos en que por meses no se han designado a los propios consejeros, y aun cuando existe quórum para sesionar, existe el riesgo de empatar una decisión fundamental; por ejemplo: una suspensión a juez o magistrado; o bien en el caso del Instituto Federal Electoral, que se integra por nueve consejeros, y en términos del art. 115 del Código Federal de Procedimientos Electorales se requiere que esté la mayoría de los consejeros, entre ellos su presidente, y de no cubrirse las vacantes de consejeros existen serios riesgos para las decisiones del órgano que tiene encargada la función estatal de organizar las elecciones; por ejemplo, la aprobación o no de un dictamen de fiscalización de los partidos políticos.

La justificación de la exigencia del quórum, tanto en órgano parlamentario como en órgano deliberativo (judicial o constitucional autónomo) estriba en que las decisiones deben estar sustentadas en el criterio de la mayoría, pues en términos lógicos una mayoría supone que goza del principio de razón suficiente para tomar cierto tipo de decisiones, con un grado de congruencia, aceptabilidad y atinencia.

Los principios de quórum y de mayoría en los órganos legislativos o parlamentarios no pueden aplicarse para violar derechos fundamentales, porque de acuerdo con filósofos del derecho, como Ernesto Garzón, existe un coto vedado en todo derecho; es decir, un núcleo jurídico que no puede ser decidido por ninguna mayoría. En igual caso, Ferrajoli considera que una decisión, por muy democrática y mayoritaria que sea, si viola derechos fundamentales no es válida.

José Antonio Abel Aguilar Sánchez



R



Ratio decidendi

En la doctrina del *stare decisis*, el sistema de precedentes o sentencias (en el derecho anglosajón —*Common Law*—) se compone de dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El elemento vinculante y obligatorio del "precedente judicial" en la doctrina inglesa es el *ratio decidendi* (en sentido literal "la razón para la decisión"). Previo a la elucidación de lo que constituye la *ratio decidendi* en la doctrina del precedente judicial inglés, es necesario establecer la importancia del mismo. El término precedente judicial puede ser entendido como el proceso o medio por el cual los juzgadores resuelven, siguiendo las decisiones tomadas en casos previos. En el derecho inglés, la doctrina del precedente judicial implica la aplicación del principio del *stare decisis*, es decir, el principio de "adherirse a los casos resueltos". En la práctica, esta es una característica de obligatoriedad, lo que significa que los juzgados de igual rango deberán aplicar y seguir sus decisiones previas, y cualquier corte inferior está vinculado a seguir el principio del *stare decisis*. El juzgador, al emitir su fallo, enuncia los hechos que han sido probados durante el procedimiento, para después aplicar el principio normativo sobre los hechos probados para pronunciar el razonamiento jurídico de la resolución judicial (*ratio decidendi*). La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta su resolución al caso concreto. La *ratio decidendi* es el único elemento de la decisión judicial que cobra autoridad en un precedente, puesto que es el principio normativo subyacente a la controversia resuelta, es decir, la razón en la cual se basa la decisión judicial del caso. Por tanto, la *ratio decidendi* es el principio normativo obligatorio para casos posteriores planteados ante la misma jurisdicción, puesto que cobra fuerza vinculante, y deberá ser aplicada por las cortes del mismo rango o de jerarquía inferior.

Debido a que el principio normativo contenido en el caso resuelto es la *ratio decidendi*, siendo el elemento obligatorio y vinculante, se sigue que los casos no son vinculantes en relación a los hechos, sino solamente en relación al razonamiento judicial, con base en el cual el juzgador se apoyó para resolver la controversia. En un caso, la distinción entre los hechos y el principio normativo subyacente, la *ratio decidendi* es compleja y resulta crucial para los propios juzgadores, puesto que es el elemento que tendrán que seguir y aplicar en futuras decisiones, la detallada inspección e identificación del principio normativo es trascendental para evitar errores o consecuencias jurídicas no deseadas en futuros litigios. Distinguir e identificar la *ratio decidendi* dentro de un precedente requiere la separación, por parte del juzgador, de los apartados relevantes e irrelevantes del razonamiento judicial. Los profesores Cross y Harris (*Precedent in English Law*, 4a. ed., 1992, p. 72) establecen que tradicionalmente: "La *ratio decidendi* del caso es aquella regla normativa expresa o implícitamente abordada por el juez como una instancia necesaria para arribar a su conclusión, la cual se adopta en la línea de razonamiento del juzgador". En la actualidad, dentro de la doctrina del *stare decisis*, es generalmente aceptada la noción de que la *ratio decidendi* de un caso es lo que se determina como el principio normativo subyacente por las cortes, en casos posteriores, y no aquel principio que fue considerado por el juzgador en el caso original. Esta última

noción por la cual se puede llegar a distinguir la *ratio decidendi* de un caso, resulta ser más objetiva, puesto que resulta de mayor utilidad para el juzgador, al relegar cualquier enunciado dentro del caso que corresponda al elemento *obiter dictum*, debido a que los hechos de dos casos ulteriores raramente serán idénticos, de esta manera el juzgador en casos posteriores solo tendrá la tarea de restringir o bien extender la *ratio decidendi* de un caso resuelto previamente. Por ejemplo, si el juzgador decide que el pronunciamiento normativo o *ratio decidendi* en el *stare decisis* no es aplicable a los hechos controvertidos sobre los cuales tendrá que tomar una decisión, entonces restringe el ámbito de su aplicación; por el contrario, si el juzgador encuentra que la regla normativa o *ratio decidendi* resulta aplicable a otros hechos en una situación o controversia distinta, entonces estará ampliando su esfera de adjudicación.

La *ratio decidendi* generalmente no es enunciada de manera explícita en el razonamiento judicial; lo delicado de identificar el pronunciamiento normativo subyacente al caso es que el mismo puede encontrarse en medio de los enunciados que forman parte del *obiter dictum*. Lo verdaderamente relevante para la aplicación de la doctrina del precedente en el *Common Law* es descubrir la *ratio decidendi*, la combinación entre los hechos materiales y las reglas normativas aplicadas a los mismos, puesto que sobre estos recae el razonamiento resolutivo del juzgador dentro de la sentencia. La teoría avanzada por el profesor A. Godhart (Slapper y Kelly, *The English Legal System*, 11a. ed., Routledge, 2010-2011) para descubrir la *ratio decidendi* en una sentencia, es la de identificar los hechos que son considerados como materiales para el juzgador, en la resolución del caso concreto, puesto que todas aquellas opiniones, hechos no materiales o razonamientos que fueron irrelevantes para la decisión del caso, constituyen *obiter dictum*. Esta distinción resulta ser la más compleja, y en la que ponen mayor atención los juzgadores para descubrir la *ratio decidendi* de casos previos, puesto que dentro del cúmulo de *stare decisis* reportados por los editores (*reporters*) de la publicación de sentencias, el juzgador debe ser cauteloso, debido a que generalmente no encapsulan debidamente la *ratio decidendi* en el encabezado de la sentencia, es decir, en el resumen de los principales fundamentos de derecho aplicados en una resolución judicial. Es por esta situación que el juzgador no puede confiar plenamente en los encabezados de sentencias previas reportadas, ni constituye un método idóneo para la identificación y distinción de los elementos de la sentencia, puesto que los editores de los reportes pueden interpretar equivocadamente el razonamiento legal e intentar establecer la *ratio decidendi* en el encabezado de una forma demasiado extensa, o viceversa, excesivamente estricta. Es importante tener en consideración que dentro de una sentencia se pueden encontrar dos o más razones en las cuales el juzgador ha fundamentado su decisión; en estos casos, estas razones son *rationes decidendi* y no pueden ser relegadas como *obiter dicta*. Finalmente, es posible que varios jueces, en la resolución de un mismo caso, decidan a favor de una de las partes aplicando una regla normativa, pero fundamentando su decisión en distintas razones; en estos casos, la *ratio decidendi* es aquel razonamiento en el cual la mayoría de los jueces hayan coincidido.

María de Jesús Medina Arellano

Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

De conformidad con lo dispuesto por el inciso b), del art. 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene la atribución de formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Esta disposición es reproducida por el inciso b), del art. 18 del Estatuto de la CIDH, añadiendo que las medidas progresivas a favor de los derechos humanos deben ser también adoptadas por los gobiernos de los Estados dentro del marco de sus compromisos internacionales. En la Opinión Consultiva 13/93 del 16 de julio de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) señaló que "la función principal de la Comisión es la promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos". Los arts. 50 y 51 de la CADH establecen etapas sucesivas en las que se generan dos documentos llamados "informes", y que tienen carácter, uno preliminar y el otro definitivo, y que no pueden subsumirse en uno solo, ya que dichos preceptos establecen dos etapas diversas, aun cuando el contenido de esos documentos, de acuerdo con la conducta asumida por el Estado afectado, puede ser similar.

1. En la primera etapa, regulada por el art. 50, la CIDH, siempre y cuando no se haya alcanzado una solución amistosa, puede exponer los hechos y sus conclusiones en un documento dirigido al Estado interesado y que tiene carácter preliminar. Este "informe" se transmite con carácter reservado al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la CIDH y solucione el problema. El Estado no tiene la facultad de publicarlo, ni tampoco la CIDH.

2. Una segunda etapa está regulada por el art. 51, y en ella, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar atendiendo las proposiciones formuladas en el mismo, la CIDH está facultada, dentro de dicho periodo, para decidir si somete el caso a la Corte-IDH por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto, decisión que no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la CADH. Los tres meses se cuentan desde la remisión del informe del art. 50 al Estado interesado, y la Corte-IDH ha aclarado que dicho plazo, aun cuando no es fatal, tiene carácter preclusivo, salvo circunstancias excepcionales, por lo que respecta al sometimiento del caso a la Corte-IDH, con independencia de aquel que la Comisión señale al Estado para el cumplimiento de sus primeras recomendaciones. La Comisión puede elaborar un segundo informe, siempre que el asunto no haya sido elevado a la consideración de la Corte-IDH, dentro del plazo dispuesto (art. 51, CADH). En caso contrario, la CIDH posee la atribución de redactar un informe definitivo con las opiniones y conclusiones que considere convenientes, haciendo las recomendaciones pertinentes y dándole un plazo adicional al Estado para que

tome las medidas adecuadas enderezadas a cumplir sus obligaciones dentro de la CADH. Como se dijo, se trata de dos informes separados cuyo contenido puede ser similar, el primero (preliminar) no puede ser publicado y el segundo (definitivo) si puede serlo, previa decisión de la CIDH adoptada por mayoría absoluta de votos después de transcurrido el plazo que haya otorgado al Estado para tomar las medidas adecuadas.

3. Puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo, cuando haya vencido el plazo que la CIDH ha dado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en el informe definitivo, decisión que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.

En varias ocasiones, la Asamblea General de la OEA ha alentado a los Estados miembros a que den seguimiento a las recomendaciones de la CIDH, como lo hizo mediante su resolución AG/RES. 2672 (XLI-O/11) sobre Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la CIDH (punto resolutivo 3.b). Asimismo, la resolución AG/RES. 2675 (XLI-O/11) sobre Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, encomendó al Consejo Permanente continuar la consideración de medios para promover el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión por parte de los Estados miembros de la Organización (punto resolutivo 3.d).

En su Informe Anual 2012, la CIDH distingue las tres categorías en torno al cumplimiento de sus recomendaciones:

— Cumplimiento total (aquellos casos en que el Estado ha cumplido a cabalidad con todas las recomendaciones formuladas por la CIDH. Dado los principios de efectividad y reparación integral, la CIDH considera como cumplidas totalmente aquellas recomendaciones en las que el Estado ha iniciado y concluido satisfactoriamente los trámites para su cumplimiento).

— Cumplimiento parcial (aquellos casos en los que el Estado ha cumplido parcialmente con las recomendaciones formuladas por la CIDH, ya sea por haber dado cumplimiento solamente a alguna/s de las recomendaciones o por haber cumplido de manera incompleta con todas las recomendaciones).

— Pendientes de cumplimiento (aquellos casos en los cuales la CIDH considera que no ha habido cumplimiento de las recomendaciones, debido a que no se han iniciado ninguna gestión encaminada a tal fin; a que las gestiones iniciadas aún no han producido resultados concretos; a que el Estado explícitamente ha indicado que no cumplirá con las recomendaciones formuladas o a que el Estado no ha informado a la CIDH y esta no cuenta con información de otras fuentes que indique una conclusión contraria).

Uno de los temas de mayor trascendencia para el sistema interamericano y que ha dado lugar a un arduo debate en la doctrina es el referido a si las recomendaciones efectuadas por la CIDH, tanto en el informe preliminar como en el definitivo, resultan obligatorias para los Estados. Con el fin de reforzar el cumplimiento de sus recomendaciones, la CIDH planteó ante la Corte-IDH que la sola inobservancia de sus recomendaciones por parte de los Estados acarreaba la responsabilidad internacional de estos en aplicación del princi-

pio *pacta sunt servanda*. La Corte-IDH, en consecuencia, se refirió a la naturaleza y alcances de las recomendaciones de la CIDH, en los siguientes casos:

— Caballero Delgado y Santana (sentencia del 8 de diciembre de 1995). La Corte-IDH resolvió en lo conducente: "67… el término "recomendaciones" usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el art. 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria".

— Genie Lacayo (sentencia del 29 de enero de 1997). La Corte-IDH confirmó el criterio que ya había emitido (párr. 93).

— Loayza Tamayo (sentencia del 17 de septiembre de 1997). La Corte-IDH reiteró el criterio formulado anteriormente, agregando nuevos elementos: "80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111). 81. Asimismo, el art. 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes".

— Blake (sentencia del 24 de enero de 1998). La Corte-IDH confirmó el criterio sostenido en Loayza Tamayo (párr. 108).

Al analizar los alcances del caso Loayza Tamayo, Pedro Nikken sostiene que una obligación de "realizar los mejores esfuerzos" es, en términos jurídicos, una típica obligación de comportamiento que impone examinar la actuación del Estado frente a tales recomendaciones. Una reacción del Estado meramente pasiva frente a las recomendaciones de la Comisión, que implique una completa omisión de medidas encaminada a poner en práctica las recomendaciones, difícilmente sería compatible con la buena fe. En síntesis —concluye Nikken—, las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la CIDH en aplicación del art. 50 de la CADH, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte-IDH para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

Si se atiende a la línea interpretativa conforme a la cual los Estados parte del Pacto de San José "tienen el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole; y que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas"; puede afirmarse que las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, máxime que estos gozan del derecho de recurrir ante la Corte-IDH el informe emitido por la CIDH, cuando lo estime infundado (art. 50, CADH).

Por tanto, las recomendaciones contenidas tanto en el informe preliminar como en el informe definitivo, son obligaciones que los Estados deben cumplir no solo porque deben obrar de buena fe de acuerdo con la costumbre internacional, sino, principalmente, porque al ratificar la CADH han asumido abiertamente, ante sus ciudadanos y la comunidad internacional, obligaciones claras y precisas para la protección y garantía de los derechos humanos allí reconocidos (*cfr*. art. 1o., párrs. 1 y 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Cynthia Chanut Esperón

Recurso de duda. Medio de control constitucional llevado a cabo por el Congreso

El texto constitucional de 1824 estuvo integrado por instituciones de las Constituciones de Francia, Estados Unidos y España, de esta última Constitución fue de donde la Constitución de 1824 trasladó su control de constitucionalidad en el cual la protección constitucional correspondía a las Cortes Gaditanas (art. 372), correspondiéndole el art. 165 de la Constitución de 1824.

En esta primera etapa, correspondió al Poder Legislativo realizar el control de la Constitución por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes o decretos emanados de las legislaturas estatales y posteriormente realizar la anulación de tales decretos legislativos. El procedimiento que llevaba a cabo el Congreso para cumplir su objeto en primera instancia de darle solución a la duda de constitucionalidad que existiera sobre alguna ley o decreto era el de comparar la ley o decreto que le presentaban, y en caso de no coincidir con el texto constitucional o el acta constitutiva lo declaraba inconstitucional, este debía de ser anulado por la legislatura emisora. Las resoluciones que emitía al respecto se publicaban en los periódicos nacionales, donde el Congreso en primera instancia declaraba la inconstitucionalidad de la ley o decreto, basado en que eran contrarios a algún artículo de la Constitución federal o acta constitutiva, enseguida publicaba el decreto para tener la seguridad de su actuar.

El método, aunque en esencia sencillo, se justificaba por la integración del Congreso, el cual —como se sabe— era un cuerpo heterogéneo y de contras-

tes culturales e ideológicos, así este procedimiento cumplía con la exigencia pedida para tal fin.

Basta para ilustrar el siguiente ejemplo: "Enero 7 de 1829.- Ley.-Declaración de Inconstitucionalidad del Decreto número 12 de la Legislatura de Oaxaca.

El Decreto número 12 de la honorable legislatura de Oaxaca es contrario al art. 157 de la Constitución general y 18 y 19 del acta constitutiva" (esta ley circuló el mismo día, por la Secretaría de Relaciones, y se publicó en bando del 9).

El Decreto citado es como sigue: "Art. 1o. Que sea expulsado del territorio del estado el diácono D. Ignacio Ordoño.- Sin embargo se le continuará pagando por la tesorería del estado la pensión que disfruta.- Si regresare a cualquier punto de este territorio, se le declarará traidor y enemigo del estado.

2o. Será expulsado igualmente del estado D. José Mariano Toro hasta que el Gobierno declare que puede regresar, y si lo verificare sin permiso del Gobierno, incurrirá en la pena de cuatro años de presidio.

La protección de constitucionalidad que realizaba el Congreso lo hacía sobre todo el texto constitucional; como no había un capítulo ex profeso de derechos individuales, y estos se encontraban dispersos en el texto constitucional de 1824, al hacer su declaratoria también se encontraban protegidos.

La inquietud en esta primera etapa no consistía en la vigilancia que hacía el Congreso respecto a la constitucionalidad de leyes o decretos de las legislaturas estatales, sin embargo sí se tenía respecto a que el propio Congreso podría emitir leyes de carácter inconstitucional y que este fuera lo suficientemente ético para determinar que una ley o acto contrario al texto constitucional, emanado por el mismo, debería anularse.

Respecto al tema que se presenta, algunos autores han manejado que tal procedimiento se vio interrumpido por la entrada en vigor de las Siete leyes constitucionales, pues en la segunda de estas dio paso al Supremo Poder Conservador; sin embargo, en las mismas Siete leyes constitucionales podemos confirmar que se crearon dos sistemas de protección constitucional: uno que correspondía al Supremo Poder Conservador y el otro que continuaba en el Poder Legislativo. Al finalizar el corto periodo de las Siete leyes constitucionales se retomó el sistema de la Constitución de 1824 y el Acta de Reformas de ese mismo año, en el tópico en cuestión se pretendía mejorar y se proponía la intervención del Poder Judicial federal, es decir se pretendía que el Congreso siguiera vigilando la constitucionalidad de leyes y decretos de las legislaturas de los estados, pero se pretendía crear un procedimiento imparcial en donde interviniera el Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o decretos emitidos por el Congreso federal, esto lo podemos constatar en el voto particular del señor Ramírez de 1841 y en la misma Acta de Reformas de 1847, en sus arts. 22 al 25.

Hipótesis que se ve reforzada con el proyecto de Ley Reglamentaria de los arts. 22 al 24 del Acta de Reformas de 1847 presentado en el Senado de la República en las sesiones del 18 y 21 de mayo de 1849. Misma que en cinco artículos señalaba el procedimiento de anulación de leyes inconstitucionales

emitidas por el Congreso general, el cual se desarrolla en cinco artículos, y daba inicio con la reclamación por el presidente de la República, por una cantidad determinada de diputados (10), seis senadores o tres legislaturas, de anticonstitucionalidad de una ley dentro del término de un mes de haber sido esta publicada ante la Suprema Corte de Justicia, la cual pasaba tal solicitud al fiscal para que este verificará la procedencia o no de tal solicitud. La Suprema Corte en tribunal pleno determinaba la procedencia o no de tal solicitud; en el primer supuesto comunicaba tal solicitud a las legislaturas estatales, designado el día para que estas emitieran su voto (esto dentro del término de tres meses); de ser improcedente tal solicitud se publicaba el parecer del fiscal y la declaración de la Corte. Después de un mes de haberse cumplido el plazo para la votación de las legislaturas, la Suprema Corte en tribunal pleno abría los pliegos de las legislaturas, y el presidente del más alto tribunal mandaba publicar el resultado de la votación, comunicando este tanto al Poder Ejecutivo como a ambas cámaras; en receso de estas, al Consejo de Gobierno. Si la votación de la mayoría absoluta de todas las legislaturas de los estados que forman la Federación fuera en el sentido de la nulidad de la ley, se realizaba la declaración de nulidad, por lo cual quedaba sin valor alguno la ley que hubiere dado motivo a la consulta.

En los debates del texto constitucional de 1857, el procedimiento en cuestión no fue abordado. Sin embargo, en las entidades federativas, de manera expresa, se seguía conservando esta figura haciéndose manifiesta en las Constituciones locales bajo el régimen de 1857, como Campeche en su art. 37, frac. IV; Chiapas en su art. 46, frac. V; en Chihuahua en su art. 64; Colima en el art. 64; Guerrero en el art. 50; Hidalgo en el art. 53, etcétera.

En el texto constitucional de 1917 no se contempló la anulación de leyes inconstitucionales por parte del Congreso, ya que solo en la afectación, de manera particular en la esfera de los gobernados, se otorgaba por vía de amparo la protección de sus efectos a un caso particular, esto se debió quizás por no haberse insertado en algún artículo constitucional, como sí lo fue el juicio de amparo, al cual como sabemos solo se le encomendó la protección de los derechos fundamentales del gobernado, más no la anulación de leyes de carácter inconstitucional.

Es hasta las reformas de 1994, cuando por vía de la acción de inconstitucionalidad y sujeto a una mayoría calificada el Poder Judicial puede anular leyes contrarias al texto constitucional.

Carlos González Blanco

Recurso de inconstitucionalidad

El recurso de inconstitucionalidad, conocido en otras legislaciones como acción de inconstitucionalidad, se concede contra las leyes y reglamentos. Para determinar si son constitucionales o no, el juez constitucional realiza una confrontación de ellas con la Constitución.

Con relación a los tratados, de acuerdo con el art. 187 de la Constitución nicaragüense, pueden ser impugnados por inconstitucionales, tanto por la vía del recurso de inconstitucionalidad como por la vía del amparo, en su caso.

La ley puede ser impugnada cuando se violan las reglas esenciales del procedimiento para su formación (*error in procedendo*), para lo cual debe tenerse presente el procedimiento establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Legislativo. Pero no se puede declarar la inconstitucionalidad por cualquier violación, sino solo cuando es sustancial (falta de iniciativa, falta del quórum legal con que sea aprobada, etcétera).

También puede ser impugnada por violar el mandato, principio o valor material de las disposiciones constitucionales, lo mismo cuando altera la organización y competencia de los poderes del Estado y órganos constitucionales.

Es poco frecuente la impugnación de la ley por vicios de forma. En cambio es muy usual impugnar la ley inconstitucional por vicios de fondo y de competencia.

La legitimación para interponer este recurso varía en los diferentes países; en unos es amplia y en otros restringida.

En Nicaragua, a todos los ciudadanos se les concede el recurso directo de inconstitucionalidad contra la ley ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dentro de sesenta días de su entrada en vigencia. Es una acción popular, abstracta, no es preciso alegar perjuicio personal, se concede en beneficio del derecho objetivo constitucional. Después de vencido este plazo, sin que se haya interpuesto recurso alguno de inconstitucionalidad, no por ello la ley queda exenta de ser impugnada por ser inconstitucional, pero a través del amparo cuando sea aplicada en caso concreto, en cuyo caso el legitimado para ello es la parte agraviada.

El recurso de amparo no es procedente contra el proceso de formación de la ley.

La legitimación pasiva la tiene la Asamblea Nacional, representada por el presidente de su Junta Directiva.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad, en virtud del recurso de inconstitucionalidad de la ley, produce la nulidad de esta, pero existen protecciones para ciertos actos realizados durante su vigencia (derechos adquiridos, buena fe, etcétera). En cambio, la inconstitucionalidad decretada a través del amparo solo produce efecto entre las partes, del cual conoce la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En el constitucionalismo moderno, el control de inconstitucionalidad por omisión de la ley es objeto de detenido estudio; lo que no se dio en el clásico.

Esta inquietud tiene su acogida primero en Yugoslavia, pasa a Portugal y después a Latinoamérica.

La inconstitucional por omisión puede ser total o parcial. Es total cuando la Constitución contempla la aprobación de una ley y el legislador no la aprueba.

Para que proceda en este supuesto es necesario: que la norma constitucional exija la aprobación de la ley, pues si no lo exige, se deja al criterio del legislador la oportunidad de su aprobación, de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas y económicas; que exista mora por el vencimiento del plazo establecido en la Constitución, y si no existe plazo, que haya transcurrido un tiempo prudencial para que entre en mora el legislador, de acuerdo a las

circunstancias y exigencias del momento; y la impugnación por persona legitimada para ello, la que es atribuida a los perjudicados por la omisión.

La omisión es parcial cuando se aprueba la ley, pero se omiten algunos aspectos, instituciones, casos, personas o situaciones, en cuyo supuesto existe inconstitucionalidad de la ley por omisión.

El recurso por omisión puede ser un instrumento para promover y aplicar los derechos sociales.

En un sistema, como el nicaragüense que no contempla este recurso, se deben usar otros recursos como el de amparo y recursos innominados, y los tribunales pueden valerse de las sentencias aditivas, normativas y apelativas para corregir la inconstitucionalidad por omisión.

Existen tres sistemas que contemplan la omisión. En uno, en el fallo se le exige al Legislativo dictar la ley, señalándole o no plazo para ello; en otro, el juez constitucional recomienda al legislativo aprobar la ley, y resuelve el caso concreto; y en el tercero el juez constitucional aprueba una normativa en forma provisional, mientras el Legislativo acepta la recomendación de la sentencia y la aprueba, pero esto es poco aceptable porque viola la división de poderes. El sistema más aceptable es el segundo.

Iván Escobar Fornos

Recurso de queja (amparo mexicano)

Una de las peculiaridades de este recurso es que, a pesar de ser un medio de impugnación que procede en el trámite del juicio de amparo, en algunos casos se contempla la posibilidad de combatir decisiones de la autoridad responsable; por ejemplo, contra actos u omisiones en la recepción de la demanda de amparo directo. La legitimación para interponer la queja recae en las partes del juicio de amparo, no obstante, como en todo medio de impugnación, se necesita que quien lo interponga se vea afectado material y jurídicamente en sus intereses. Técnicamente, el recurso de queja es considerado como un medio de impugnación que procede contra las determinaciones en las que no procede expresamente el recurso de revisión.

En la generalidad de los casos, este recurso debe presentarse por escrito ante el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo; sin embargo, tratándose de queja contra actos u omisiones de la autoridad responsable, aquella debe plantearse ante el juzgado o tribunal que haya conocido o deba conocer del juicio de amparo. El plazo para su interposición es de cinco días hábiles, salvo que se trate de autos que concedan o nieguen la suspensión provisional o de plano, pues en estos casos —dada la naturaleza del propio auto impugnado— el plazo se reduce a dos días hábiles. Además, la legislación de amparo contempla la posibilidad de acudir al recurso de queja en cualquier momento, cuando se impugne la omisión de la autoridad de dar trámite a una demanda de amparo.

El art. 97 de la Ley de Amparo enumera los casos en que es procedente el recurso de queja. En amparo indirecto, procede contra las determinaciones siguientes: a) que admitan total o parcialmente, desechen o tengan por no

presentada la demanda de amparo o su ampliación; b) que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional; c) que rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas, o admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; d) que reconozcan o nieguen el carácter de tercero interesado; e) que se dicten durante la tramitación del juicio, o del incidente de suspensión, siempre y cuando no admitan expresamente el recurso de revisión y que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; así como las que con las mismas características se emitan después de dictada la sentencia en la audiencia constitucional; f) que decidan el incidente de reclamación de daños y perjuicios; g) que resuelvan el incidente por exceso o defecto en la ejecución del acuerdo en que se haya concedido la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado, y h) que se dicten en el incidente de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo.

En el caso del inciso e, el art. 102 de la Ley de Amparo establece que el juez de distrito o tribunal unitario de circuito de cuya potestad emanó el acto materia de la queja, podrá suspender el procedimiento en el juicio; lo anterior, siempre que se estime que la resolución que se dicte en ella pueda influir en la sentencia, o cuando de resolverse en lo principal, se hagan nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia. Esta situación nos permite considerar que el recurso de queja, interpuesto bajo la hipótesis señalada (contra autos emitidos durante la tramitación del juicio), será improcedente cuando el acuerdo de trámite impugnado no causa ese tipo de perjuicio. Un ejemplo de determinaciones que no causan perjuicio al recurrente podría ser el auto que recae al escrito de expresión de alegatos o de la recepción de una pericial.

En amparo directo, el recurso de queja procede contra actos u omisiones de la autoridad responsable en los casos siguientes: a) cuando omita tramitar la demanda de amparo o lo haga indebidamente; b) cuando no provea sobre la suspensión dentro del plazo legal, conceda o niegue esta, rehúse la admisión de fianzas o contrafianzas, admita las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; c) contra la resolución que decida el incidente de reclamación de daños y perjuicios, y d) cuando niegue al quejoso su libertad caucional o cuando las resoluciones que dicte sobre la misma materia causen daños o perjuicios a alguno de los interesados.

En relación con el recurso de queja, la Suprema Corte Mexicana interpretó el contenido del art. 95 de la abrogada Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, en el cual se catalogaban las hipótesis de procedencia del recurso de queja. En este sentido, la Corte (Jurisprudencia 1a./J. 12/2011) estableció que si el promovente de un recurso de queja, al interponerlo incurre en error por cuanto se refiere a la precisión de la fracción en la cual está previsto el supuesto jurídico que pretende combatir, el órgano jurisdiccional a quien corresponda conocer de aquel, debe enmendar dicho error y avocarse a su análisis y resolución. Lo anterior, con la salvedad de que la interposición del recurso se hubiere efectuado dentro del plazo y con los requisitos expresamente establecidos en la ley, suplencia técnica que —estimó la Corte— no implica cambiar un recurso por otro distinto, pues únicamente consiste en

precisar la fracción correcta en la que encuadra la inconformidad respectiva. Este criterio, si bien fue adoptado bajo la vigencia de un cuerpo legal abrogado, puede servir de base para la aplicación del contenido del actual art. 97 de la vigente Ley de Amparo.

La Ley de Amparo de 1936 establecía la procedencia del recurso de queja contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias de amparo; sin embargo, como resultado de la evolución que ha tenido el juicio de amparo en nuestro país, como medio de protección de los derechos fundamentales, la legislación de amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013, en su art. 96, amplió el espectro de medios de impugnación y estableció el recurso de inconformidad como medio de impugnación contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias. Esto significa que la actual Ley acotó la procedencia del recurso de queja únicamente contra actos emitidos en el trámite del juicio de amparo, y de aquellos que después de dictada la sentencia pudieran causar perjuicio irreparable al gobernado, siempre y cuando, se insiste, el auto materia de la impugnación no tenga nada que ver con el cumplimiento y ejecución de la resolución que otorgó la protección constitucional.

Sin duda, la Ley de Amparo vigente simplifica la técnica para la presentación y sustanciación del recurso de queja y, desde luego, hizo a un lado aquel debate en el que se sostenía que las impugnaciones contra actos emitidos en ejecución y cumplimiento de sentencias, debían tramitarse de manera incidental.

Daniel Álvarez Toledo

Recurso de queja en acción de inconstitucionalidad

Es el medio de impugnación mediante el cual se pretende el cumplimiento forzoso de una resolución con efectos generales dictada en una acción de inconstitucionalidad, en la que, naturalmente, se determinó la inconstitucionalidad de la norma general sometida a escrutinio constitucional y/o convencional.

Cabe precisar que este recurso es notoriamente improcedente contra las sentencias que arriben a la conclusión de que la ley o tratado internacional impugnado es constitucional.

Ahora bien, la sentencia dictada en una acción federal de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación trae aparejada *ejecución*: ante su eventual incumplimiento, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en consonancia con la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, las normas relativas a su estricta observancia.

En ese tenor, el art. 59 de dicho ordenamiento prevé la aplicación de las disposiciones del título II —controversias constitucionales—, cuando sea pertinente en acciones de inconstitucionalidad.

Considerando lo anterior, es incuestionable la procedencia del recurso de queja establecido en la frac. II, del art. 55, de la citada Ley Reglamentaria por exceso o defecto en el cumplimiento de una sentencia dictada en una

acción federal de inconstitucionalidad, en virtud de que un punto estructural del control abstracto ejercido por el alto tribunal es el cabal cumplimiento de la resolución que declara la inconstitucionalidad o inconvencionalidad con efectos generales, ya que de lo contrario se estaría burlando el apego normativo, así como el pleno respeto a la norma fundamental y a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, de las cuales forme parte el Estado mexicano.

El incumplimiento de una sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad que determina la inconstitucionalidad del objeto normativo impugnado no sería posible resarcirlo mediante el ejercicio posterior de diversa acción de inconstitucionalidad o un juicio de amparo, de ser así, nos encontraríamos ante una resolución sin fuerza ejecutoria, carente de eficacia y ante un control de constitucionalidad nugatorio ante la generalidad que implican las sentencias que declaran la invalidez, ya que su cumplimiento quedaría a disposición de las autoridades legislativas emisoras y ejecutivas promulgadoras del producto normativo cuestionado, con lo que la finalidad del art. 105 de la Constitución federal y el ejercicio de contraste que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tendrían utilidad alguna.

Por tanto, es evidente que el recurso de queja en la acción de inconstitucionalidad no tiene como finalidad cuestionar actos de miembros del Poder Judicial federal o resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su acción está dirigida a elementos ajenos tanto a dicho poder como a los integrantes del alto tribunal, su objeto real de que se acate en su integridad el fallo dictado en el referido medio de control de constitucionalidad es, en síntesis, un medio para que la Corte, en su dimensión de Tribunal Constitucional, pueda intervenir en el cumplimiento íntegro de la sentencia ejecutoria dictada con motivo de una acción federal de inconstitucionalidad.

El cimiento constitucional de dicho recurso lo encontramos en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 55 a 58 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Recurso de reclamación (amparo mexicano)

En los órganos jurisdiccionales de amparo con integración colegiada, corren a cargo de sus presidentes una serie de actos que van desde la admisión o desechamiento de demandas o recursos, hasta el trámite e integración de los mismos. Frente a dichas actuaciones, el legislador previó como medio de impugnación el recurso de reclamación, cuya razón estructural está definida en el art. 104 de la Ley de Amparo. Este recurso procede contra los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia mexicana, por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito. El plazo para su interposición es de tres días hábiles, sin embargo, la Primera Sala del aludido tribunal constitucional determinó (jurisprudencia 1a./J. 82/2010) que si dicho recurso se interpone antes de que inicie dicho plazo, su presentación no es extemporánea, pues si el aludido medio de defensa no

puede hacerse valer después de tres días, ello no impide —por lógica elemental— que el escrito correspondiente se presente antes de ese término.

A pesar de que el art. 104 de la Ley de Amparo establece el tipo de autos contra los cuales procede el recurso de reclamación (acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte o por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito), consideramos que para su procedencia no basta que solo sea un auto de trámite, sino que el auto que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; es decir, que materialmente afecte los intereses del recurrente, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

En cuanto a las formalidades externas y requisitos de fondo, el citado art. 104 exige la concurrencia de las siguientes condiciones: que se presente de forma escrita y que se planteen los agravios que irrogue la resolución recurrida. En contraposición a lo anterior, el art. 80 de la Ley de Amparo establece que los medios de impugnación que existen en el juicio de amparo, así como los escritos y promociones que se realicen en ellos pueden ser presentados en forma impresa o de manera electrónica. En este aspecto, si bien corresponderá a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación definir esta posible antinomia en cuanto a la forma en cómo se debe presentar el recurso de queja, creemos que su interposición debería ser aceptada en uno u otro caso, sobre todo porque los procedimientos jurisdiccionales deben adaptarse a las nuevas tecnologías de la información.

Del recurso de reclamación toca resolver, según sea el caso, al pleno o salas de la Suprema Corte, o al pleno del tribunal colegiado respectivo, quienes deberán emitir resolución en un plazo máximo de diez días hábiles, a partir de su presentación. Los efectos de una reclamación fundada serán la de dejar sin efectos el acuerdo recurrido y obligar al presidente de la corte, sala o tribunal colegiado a emitir el auto que corresponda, siguiendo los lineamientos de la determinación que resolvió el citado recurso.

Daniel Álvarez Toledo

Recurso de reclamación en acción de inconstitucionalidad

En general, los recursos constituyen el acto de impugnación de los actos procesales mediante los cuales se pretenden anular las determinaciones de trámite dentro de un proceso que el actor o recurrente considera que son incorrectos con la finalidad de regresar a la etapa procesal correcta o atinada. Siendo así, en una primera aproximación, el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un medio de impugnación dentro del proceso abstracto de control de constitucionalidad establecido en el art. 105, frac. II de la Constitución federal, así como en la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la misma, y tiene como objeto cuestionar el auto del ministro instructor en el que determinó desechar la acción promovida.

Su objeto es enmendar un agravio que el recurrente estima que cometió el ministro instructor, y como consecuencia, hacer que se inicie un proceso, se reinicie o se reencause.

En términos más amplios, podemos afirmar que el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un recurso ordinario, devolutivo e instrumental, que tiene por objeto solicitar a un ministro distinto del instructor la procedencia de una acción federal de inconstitucionalidad que el recurrente considera indebidamente inadmitida o desechada por el ministro "ponente" o "instructor", solicitando en él la revocación de la resolución —*auto*— de este último, por virtud de la cual se acordó la precitada inadmisión.

El art. 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, concretiza el supuesto de procedencia del medio de impugnación en análisis, al señalar que el recurso de reclamación, previsto en el art. 51, únicamente será procedente contra los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad.

El recurso de reclamación deberá interponerse en un plazo de cinco días en cualquier materia; sin embargo, cuando se trate de leyes electorales, dicho plazo se reduce a tres días y el pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los tres días siguientes a su interposición.

En términos del art. 53 de la citada Ley Reglamentaria, el recurso de reclamación se debe ejercitar ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien a su vez correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga. Una vez que este plazo ha transcurrido, el presidente del alto tribunal turnará los autos a un ministro distinto del instructor, con el fin de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al pleno.

Existen ocasiones en las que los recursos se interponen sin motivo alguno o bien con la intención de "retardar" el proceso, por ello el legislador, tratándose del recurso de reclamación en acciones federales de inconstitucionalidad, estableció en el art. 54 de la citada Ley Reglamentaria una multa, la cual será impuesta al recurrente a razón de diez a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada, es decir, al momento en el que se ejercitó el recurso.

El asidero constitucional del medio de impugnación analizado se encuentra establecido en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 51 a 54 y 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Recurso de revisión (amparo mexicano)

La doctrina del derecho procesal instruye, en la generalidad de los casos, que las resoluciones judiciales de primera instancia pueden ser objeto de estudio por el tribunal de mayor jerarquía, mediante la interposición del recurso correspondiente. México no está ajeno a este aspecto, pues, a diferencia de otros países, dentro del amparo mexicano existe la posibilidad de interponer

diversos recursos, uno de ellos es el de revisión, cuyo trámite resulta un poco complejo dada la forma como está regulado en la Ley de Amparo. La competencia para resolver el recurso de revisión, según sea el caso, recae en la Suprema Corte de Justicia mexicana y en los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación; su interposición debe hacerse en el plazo de diez días hábiles, por conducto del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución recurrida.

Las hipótesis de procedencia del recurso de revisión se encuentran enumeradas en el art. 81 de la Ley de Amparo. En dicho numeral se establece que en *amparo indirecto*, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que concedan o nieguen la suspensión definitiva; en este caso, los autos o determinaciones que se dicten en la audiencia incidental deberán impugnarse al mismo tiempo en que se interponga el recurso contra la resolución definitiva emitida en el incidente de suspensión. El recurso de revisión también procederá en contra de las resoluciones que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva; en este sentido, los autos emitidos en la audiencia incidental deberán ser impugnados junto con la resolución definitiva. De la misma forma, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que decidan el incidente de reposición de constancias de autos; las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, y las sentencias dictadas en la audiencia constitucional.

A manera de excepción, se pueden impugnar ante la Suprema Corte mexicana las sentencias pronunciadas por los tribunales colegiados de circuito en los juicios de amparo directo contra sentencias judiciales, cuando en ellas se estime la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente un precepto de la Constitución federal. En este caso, la procedencia del recurso de revisión contra las resoluciones dictadas por los tribunales colegiados de circuito se fija mediante la concurrencia de: a) que se trate de sentencias dictadas en amparo directo, b) que en ellas se decida una cuestión sobre la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente algún precepto de la Constitución, y c) que la decisión e interpretación citadas no se funden en jurisprudencia establecida por la Suprema Corte. No obstante, el art. 83 de la Ley de Amparo establece la competencia de la Suprema Corte mexicana para conocer del recurso de revisión contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, cuando se hayan impugnado normas generales por estimarlas inconstitucionales, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad; así, por exclusión, los tribunales colegiados de circuito son competentes para conocer del recurso de revisión en amparo indirecto en los casos no previstos en el artículo anteriormente citado.

En ambos casos (revisiones en amparo directo e indirecto), la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de este. Esta figura procesal es denominada revisión adhesiva.

La legitimación para interponer el recurso de revisión requiere la satisfacción de las condiciones siguientes: a) gozar del atributo de parte, acorde a lo previsto en el art. 5o. de la Ley de Amparo, y b) tener interés para que subsista o desaparezca una resolución determinada. Es decir, no basta ser formalmente parte en el juicio de amparo para estar en aptitud de interponer el recurso de revisión, sino que —además— es exigencia *sine qua non* que el fallo que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; esto es, que materialmente se vean afectados sus intereses, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

Bastaría considerar que los recursos previstos en la Ley de Amparo fueron consagrados con el propósito de reparar los perjuicios sufridos por las partes en el juicio con motivo de las determinaciones ilegalmente adoptadas por el órgano jurisdiccional, para llegar a la conclusión de que es inadmisible la revisión intentada contra un fallo de sobreseimiento por parte de la autoridad responsable, pues en realidad no le causa ningún perjuicio. Por ejemplo, una determinación que sobresee en el juicio, si bien puede resultar lesiva para el quejoso, pues le impide obtener una sentencia favorable a sus intereses, lo cierto es que no puede causar por sí misma perjuicio a las autoridades responsables, porque ni vincula su actuación en algún sentido, como tampoco le impone deberes, menos aún prejuzga sobre la constitucionalidad del acto reclamado.

Finalmente, el recurso de revisión tiene una limitación en cuanto a su interposición respecto de la autoridad responsable, la cual está contenida en el art. 87 de la Ley de Amparo. En este caso, la autoridad responsable solo podrá interponer el recurso de revisión contra sentencias que afecten directamente el acto reclamado de cada una de ellas. Empero, las autoridades judiciales o jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir las sentencias que declaren la inconstitucionalidad del acto reclamado, cuando este se hubiera emitido en ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que este tipo de autoridades tienen como característica esencial la imparcialidad que es intrínseca a la función jurisdiccional. En efecto, estas autoridades tienen como finalidad la búsqueda de la verdad jurídica mediante el ejercicio de la función de decir el derecho entre las partes contendientes, con la única y exclusiva pretensión de administrar justicia y garantizar los derechos de la sociedad y el interés público, lo que les impide asimilarse a las partes.

Por ello, las autoridades jurisdiccionales no pueden válidamente recurrir en revisión la ejecutoria dictada en el juicio constitucional que declara la inconstitucionalidad de la resolución impugnada en la vía de amparo, pues con ello estarían favoreciendo a una de las partes contendientes con el correlativo perjuicio de la otra, demeritando así el deber de imparcialidad que la ley les impone y violando las obligaciones legales que les incumben como resolutoras, intérpretes y aplicadoras de la ley, lo cual resulta contrario al principio de igualdad procesal.

Daniel Álvarez Toledo

Recurso individual directo

En el campo de la justicia constitucional debe entenderse este instrumento procesal como el procedimiento establecido en numerosos ordenamientos contemporáneos para acudir en última instancia ante los tribunales o cortes supremos especializados en la solución de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas fundamentales cuando se imputa a las autoridades públicas, y actualmente también a los llamados poderes privados, la violación de los derechos humanos de los afectados establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, con la inclusión reciente de los establecidos en los documentos internacionales incorporados a los mismos.

Este concepto puede aplicarse a los recursos que se interponen ante dichos organismos jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos en los ordenamientos de América Latina y España (y por influencia de este último país en algunos otros ordenamientos) y que han recibido el nombre genérico de "recurso", "acción" o "juicio de amparo", por lo que, para no incurrir en repeticiones, no se hará mención del derecho de amparo, que debe consultarse en la voz correspondiente.

Por tanto, únicamente se hará referencia en esta voz del diccionario a las impugnaciones procesales que se han regulado en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de Europa continental, y que se han extendido de manera paulatina y progresiva a otros sistemas jurídicos contemporáneos.

En esta dirección se puede afirmar que, a diferencia de lo que ocurrió en el continente americano, en el cual, por influencia de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, se estableció un sistema jurisdiccional para conocer de los conflictos de carácter constitucional con matices y modalidades, en Europa continental se encomendó a órganos políticos, particularmente el Legislativo, pero también algunos organismos especiales, en particular en algunas Constituciones francesas, tales como el Senado conservador de la Carta revolucionaria de 1799 (año VIII), la decisión sobre los conflictos de carácter constitucional, ya que inversamente al sistema americano, se prohibió expresamente a los jueces pronunciarse sobre la conformidad de las leyes aplicables en los casos concretos en los cuales conocían, con la Constitución.

Se puede afirmar que en Europa continental se introdujo el control jurisdiccional de las controversias de carácter constitucional, en la Carta federal austriaca de 1920, que se inspiró en este aspecto en el pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, quien además fue miembro de la Asamblea Constituyente, ya que en dicha carta fundamental se estableció por vez primera un tribunal especializado denominado "Corte Constitucional" a la cual se encomendaron, además de otras atribuciones como las relativas al conocimiento y solución de los conflictos de competencia y atribución de los órganos del Estado, la impugnación de las disposiciones legislativas y algunas otras, como la protección de los derechos humanos establecidos en una ley anterior expedida el 21 de diciembre de 1867 (reconocida como ley constitucional por el anexo 1 de dicha carta fundamental, todavía vigente) por conducto del "recurso directo individual" encomendado en última instancia ante dicho Tribunal, con la denominación genérica de *Beschwerde* (literalmente queja). La Carta

federal austriaca experimentó una reforma sustancial en 1929, pero sin alterar la esencia de la jurisdicción constitucional. Este modelo fue seguido por la Constitución de la nueva República de Checoslovaquia, establecida en esa primera posguerra, que fue expedida meses antes de la austriaca, pero inspirada por el proyecto de esta última, y que también consagró dicho recurso directo individual. En ese mismo periodo, la Constitución republicana española de diciembre de 1931, que en esta materia siguió el paradigma austriaco, estableció también un organismo jurisdiccional especializado que denominó "Tribunal de Garantías Constitucionales" al cual atribuyó la competencia de conocer, además del recurso de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, el de la violación de los derechos humanos consagrados en dicho texto fundamental, por conducto del citado "recurso directo individual", con el nombre de "recurso de amparo" (denominación tomada expresamente de la institución de origen mexicano), lo que confirma la afirmación de que existe equivalencia entre ambos instrumentos tutelares de los derechos fundamentales.

El modelo kelseniano fue suspendido en Austria desde 1934 por un gobierno autoritario, y se suprimió, como era de esperarse, durante la anexión de Austria por el gobierno autoritario de Hitler en 1938, y ocupada por el ejército alemán hasta 1945, cuando Austria fue liberada. Uno de los primeros actos del régimen democrático de ese país (formado durante la ocupación aliada) fue el restablecimiento de la Carta Federal de 1920-1929, y por supuesto de la Corte Constitucional de carácter individual. No sería posible señalar, por la índole de este trabajo, el enriquecimiento progresivo de los derechos humanos incorporados en los numerosos anexos del texto fundamental, incluyendo los de los tratados internacionales ratificados por dicho país, tutelados por el propio recurso.

A partir de entonces, el modelo continental austriaco o kelseniano se extendió de manera progresiva en los nuevos textos fundamentales expedidos en la segunda posguerra, los cuales establecieron tribunales y cortes constitucionales, entre los que destacan las Constituciones de Italia (1948), de la República Federal de Alemania (1949), de Portugal (1976-1982) y de España (1978); a las cuales se puede comprender dentro de la primera ola de jurisdicciones constitucionales, que se extendió a otros ordenamientos de diversas tradiciones jurisdiccionales, inclusive en Asia y en África. Una segunda ola, y además muy extensa, se produjo a partir de 1989, en cuanto los países de Europa del Este abandonaron al modelo soviético y se aproximaron a los regímenes de Europa occidental, y poco tiempo después lo hicieron varias partes de la Unión Soviética, la que se desintegró en esa época, ya que se independizaron y formaron la Comunidad de Estados Independientes. Con los restos de la anterior Unión Soviética se formó la República Federal de Rusia. Todos estos nuevos o reformados ordenamientos introdujeron tribunales y cortes constitucionales de acuerdo con el paradigma occidental. También es digna de mención la transformación sustancial del régimen de la República Sudafricana, la que después de años de lucha, tanto interna como internacional, pudo superar al oprobioso régimen discriminatorio del *Apartheid*, por conducto de la Constitución provisional de 1994, que creó también una Corte Constitu-

cional, la cual inclusive dictaminó favorablemente el proyecto de la Carta definitiva de 1997. En la mayor parte de estos ordenamientos, se encomendó en última instancia el conocimiento y la resolución del "recurso directo individual" (calificado como "recurso de amparo constitucional" ante el Tribunal Constitucional español).

Son escasos los ordenamientos de Europa continental que no atribuyen a sus organismos jurisdiccionales, especializados en la solución de controversias sobre la aplicación de las normas constitucionales, el conocimiento del recurso directo, como son Italia, Portugal y Francia (este último ordenamiento debido a que, de acuerdo con su traducción, estableció en su vigente carta fundamental de 1958 el denominado "Consejo Constitucional", que en un principio se consideraba como un organismo político, pero que paulatinamente ha adquirido carácter jurisdiccional), lo que no significa que no pueden proteger los derechos humanos, pero lo hacen por medio de la impugnación de las disposiciones legislativas. Sin embargo, se puede sostener que de acuerdo con el art. 13 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en cuanto dispone en los Estados que: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidas por la presente Convención sean violados, tendrá un *remedio eficaz ante la autoridad nacional aun cuando la infracción haya sido cometida por personas que actúan en su capacidad oficial*". Esta disposición es similar, pero no tan precisa como las semejantes que han regulado el recurso directo individual en el ámbito interno en otros documentos o convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Para no recurrir en reiteraciones con el derecho de amparo, solo se hace notar que en los ordenamientos latinoamericanos se han introducido también tribunales, cortes y salas constitucionales (estas últimas como innovación del derecho constitucional latinoamericano), organismos jurisdiccionales que también conocen el grado final del citado recurso constitucional directo (con los nombre de "amparo" y otros equivalentes, que pueden ser comprendidos en un concepto amplio del derecho de amparo). Pero no por ello han abandonado el llamado control difuso, debido a la tradición del sistema americano, por lo que han creado un "régimen mixto o combinado".

Como conclusión se puede considerar que, en la actualidad, el recurso directo individual ha adquirido una gran trascendencia dentro de las funciones que se han atribuido a los tribunales, cortes y salas constitucionales, ya que la tutela de los derechos humanos se ha convertido en la más importante y esencial de las atribuciones de dichos organismos jurisdiccionales, e inclusive la de mayor número de casos. Pero además, dicho recurso no solo ha progresado en extensión sino también en profundidad, pues abarca la tutela no solo de los derechos humanos constitucionales en el ámbito interno, sino también los contenidos en los documentos y tratados internacionales, en un doble sentido, desde el ángulo del derecho interno por medio de los "derechos nacionales de fuente internacional" (es decir, los que han sido incorporados por los Estados en sus ordenamientos), y además los mismos derechos que pueden impugnarse, de manera subsidiaria y complementaria ante los organismos y tribunales internaciones, pero además, la tutela abarca la protección de los llamados "intereses y derechos difusos" (es decir, los que afectan a grupos sociales no

organizados), y finalmente también se ha llegado a abarcar de manera paulatina la tutela de los derechos humanos afectados por los llamados "poderes privados o sectores privados en situación de preeminencia".

Héctor Fix-Zamudio

Recurso "obedézcase pero no se cumpla"

El recurso "obedézcase pero no se cumpla" tuvo lugar cuando dentro de los regímenes hispánico y novohispánico se violaba de un modo manifiesto el derecho natural, el cual debía prevalecer sobre las costumbres y las leyes, y si estas se oponían a aquel, no debían ser cumplidas ni ejecutadas, sino solamente obedecidas con actitud pasiva, efectuándose un "control de naturalidad" que se supone se realizó para examinar o revisar el ejercicio de autoridad del virrey, y, en última instancia, del rey en la época del Medievo.

La palabra "obedecer" proviene del latín *obedire,* cuya ortografía arcaica era *oboedire,* siendo el diptongo *oe* conmutativo con *u* o *au;* de donde el equivalente *abaudire:* el prefijo *ob* se hace descender del sánscrito *abhi,* que indica la posición de una persona o cosa o su actitud ante otra persona o cosa. Etimológicamente la voz "obedecer" expresa la actitud de una persona que escucha a otra, actitud de atención y respeto; pero nada más que una actitud. En tanto que la palabra "cumplir", del latín *complere* significa acabar de, llenar, completar, perfeccionar; es decir, expresa una acción. Obedecer pero no cumplir, se le otorgó el significado de escuchar en actitud reverente, atender y juzgar con propio criterio, oyendo a la vez que la voz del que manda, la voz superior de la razón y de la ley natural que pide hacer el bien y evitar el mal: y, si hay un conflicto entre aquella y esta, no cumplir, sino representar respetuosamente al rey.

El recurso "obedézcase pero no se cumpla" era una especie de apelación al soberano español, y con la conquista de la Nueva España, al virrey, que suspendía la orden del rey en espera de su resolución ya mejor informado, porque los negocios del reino no estaban sujetos al libre arbitrio del aquel, ya que debían sujetarse a las normas de justicia o del derecho natural, porque de no ser así, el rey dejaba de serlo, siendo el principio básico que este no podía dictar leyes injustas, y si ordenaba algo que pudiera producir el mal, era por defecto de información: *obrepción*, si era inocente, bien porque al dictar sus órdenes desconocía que lo podía vulnerar, y *subrepción*, si era dolosa, esto es, si había sido engañado para obtener un beneficio a pesar de causar agravio al propio derecho natural.

El recurso no se consignó expresamente por alguna regulación sistemática de los estatutos que integraron el derecho español, sino que fue producto de la costumbre jurídica, traducida en prácticas inveteradas que comenzaron a observarse a través de los fueros en el Medievo, en tanto que estos fueron los documentos legislativos que contenían los privilegios de los habitantes de una ciudad, la organización política, en general, el derecho de la misma, en el que preponderaron las costumbres locales. De suerte que dicho recurso tomó carta de naturalización en la costumbre jurídica a principios del siglo XVI y constantemente se daban casos de su aplicación concreta. Se solicitaba amparo al rey, a quien se ilustraba sobre los hechos, contra el rey que había manda-

do algo por obrepción u subrepción. La finalidad del recurso era cuidar al rey del rey mismo, como indicó la Partida.

En el recurso, el parámetro de control era el derecho natural, que de conformidad con la ley 238 de estilo, el orden y prelación en la aplicación del derecho por los jueces españoles correspondía, en primer término, a los principios de tal derecho, cuyo contenido resultaba esencialmente de espíritu cristiano; luego se aplicaban las costumbres razonables, es decir, aquellas que no se confrontaran con el referido derecho natural; y por último, debía aplicarse el derecho positivo. En consecuencia, el derecho natural era supremo, y en estos términos fue previsto en las Siete Partidas del Rey Alfonso X, Partida tercera, título XVIII, ley XXXI: "Contra derecho natural no debe valer privilegio, ni carta de emperador, ni de rey, ni de otro señor. Y si la diere, no debe valer". También en las Siete Partidas (Partida segunda, título XIII, ley XXV) fue establecida la obligación de los gobernados de "guardar al rey de sí mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo, o de su linaje, o de su reino, y esto se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejan errar a sabiendas, merecían pena como traidores". Asimismo, en el Libro primero, título I, ley XXII, de la Recopilación de las Leyes de España, efectuadas en 1567, bajo el reinado de Felipe II, fue regulado sobre el particular: "Los ministros y jueces *obedezcan y no cumplan* nuestras cédulas y despachos, en que intervengan los vicios de subrepción y obrepción". Posteriormente, en la Novísima Recopilación de Leyes de España, promulgada en 1805 bajo el reinado de Carlos IV, tanto el derecho natural e implícitamente el recurso de mérito fue previsto en el Libro III, título IV, ley IV: "Se *obedezcan y no cumplan* las cartas contra derecho en perjuicio de partes, aunque contengan qualesquier cláusulas derogatorias. Muchas veces por importunidad de los que nos piden las cartas, mandamos dar algunas cartas contra derecho: y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó derecho, que tal cosa sea *obedecida y no cumplida*; no embargarte que tal carta se haga mención general ó especial de la ley ó fuero, ó ordenamiento contra quien se diere, ó contra las leyes y ordenanzas por Nos fechas en Córtes por los Procuradores de las ciudades y villas de nuestros Reinos".

Desde una perspectiva contemporánea, este recurso no puede considerarse, en sentido estricto, como un precedente del amparo, debido a que no existía un verdadero enjuiciamiento sobre la existencia de actos concretos de violación al derecho natural. En otras palabras no existía una jurisdicción encargada de la tutela de aquel derecho, y de ahí que se considera que carece de las características propias del juicio de amparo. No obstante, en sentido amplio, si bien podían tener acceso al recurso únicamente las autoridades de la época, por su medio pudo presentarse una rudimentaria observancia al derecho natural, el cual, tal como lo concibe la razón y lo explicaban filósofos y juristas, era la Constitución, y los actos del rey contrarios al mismo debían obedecerse, pero no cumplirse. De manera tal, las órdenes del rey contrarias a este derecho podían repararse por medio de este recurso, cuando las autoridades de la época le hacían notar el menoscabo que causaba al derecho natural

con sus dictados. Esto es así, debido a que se consideraba que el soberano español, como legislador, no podía querer el mal, ni ordenar cuestión alguna contraria a los principios de aquel, y si eso sucedía, era porque se encontraba mal informado o porque se le habían ocultado los hechos.

Debe advertirse por tanto que las órdenes del rey a través del recurso "obedézcase pero no se cumpla", se encontraban sujetas a un "control de naturalidad", siendo que quizá dicha forma de ejercer el control pudiera tener cierto nexo con los efectos prácticos de la "cuestión de inconstitucionalidad", utilizada por los jueces contemporáneos para manifestar, ante la magistratura constitucional, sus dudas acerca de la posible inconstitucionalidad de una ley aplicable a determinada litis, y en virtud del resultado que de esta derive, obedecer la ley infractora pero no cumplirla para el caso concreto sujeto a su conocimiento y resolución.

Juan Rivera Hernández

Reducción al absurdo

De modo general, el término argumento se refiere a la expresión de un razonamiento mediante el cual se intenta refutar o probar una tesis con el fin de convencer a alguien de la verdad o falsedad de la misma. En el discurso jurídico, la función del argumento es explicitar las razones de apoyo de una interpretación del derecho o de los hechos que se disputan.

El argumento de la reducción al absurdo, conocido por su formulación latina como *reductio ad absurdum*, también es denominado razonamiento "apagógico", palabra de origen griego que significa "llevar algo fuera de un lugar", y que Platón utilizaba en el sentido de desviación del razonamiento. Este argumento designa un tipo de razonamiento que consiste en probar una proposición, *p*, asumiendo la falsedad de *p*, y demostrando que la falsedad de *p* se deriva de una proposición contradictoria con *p*.

El argumento de reducción al absurdo o apagógico tiene por objeto demostrar la verdad de una tesis determinada de manera indirecta, probando que la contradictoria de la tesis es opuesta a otra tesis considerada como verdadera. Este argumento se sustenta en la existencia de una o varias tesis cuya verdad no ha sido refutada, a la que o a las que se opone otra tesis cuya falsedad se pretende afirmar. De manera que las consecuencias de esta segunda tesis se revelen contrarias a una tercera ya demostrada o tomada por verdadera, por lo que debe concluirse que la primera o las primeras tesis han de reputarse verdaderas y la segunda ha de ser rechazada.

Es un razonamiento lógico que se funda en el principio de no contradicción, que consiste en probar una tesis por la exclusión o refutación de todas las tesis alternativas. Esto se debe a que si una proposición implica su contraria entonces debe ser falsa, pues en un sistema lógico dos tesis contradictorias no pueden ser simultáneamente verdaderas. Es un método de demostración de la verdad de una proposición a partir de la afirmación de que es verdad, probando que si no lo fuera conduciría a una contradicción.

En el ámbito jurídico, el argumento apagógico se define como el argumento que permite rechazar una interpretación de un texto normativo de en-

tre las alternativas posibles por las consecuencias absurdas a las que conduce. Uno de los problemas fundamentales que se plantean respecto de este argumento es el de delimitar de forma clara el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias de la interpretación realizada. En términos generales, se puede considerar como "absurdo" que una interpretación sea contraria a la racionalidad que se presume del legislador.

En este aspecto, se hace evidente el carácter consecuencialista del argumento de la *reductio ad absurdum*, ya que la consecuencia que se sigue para el correcto funcionamiento del sistema jurídico es de fundamental importancia. Estos argumentos son de tipo sistemático y se fundan en la idea de la unidad y coherencia del sistema jurídico. Son argumentos que aseguran la consistencia, permiten una interpretación que impida o resuelva la existencia de contradicciones normativas, y se fundamenta en los principios funcionales del sistema jurídico de coherencia y de eficacia. El principio de eficacia exige la consideración de absurdas, y el rechazo consiguiente, a las interpretaciones que pudieran privar de eficacia el texto que se interpreta.

El principio de coherencia interna del orden jurídico exige y justifica, en su calidad de sistema, la consideración como absurdas de todas aquellas interpretaciones que pusieran en entredicho la coherencia del sistema jurídico para preservar su lógica interna mediante la actividad interpretativa. Sobre todo, si se toma como punto de partida de su interpretación y aplicación el postulado del legislador racional que establece el principio de no contradicción como regla interpretativa.

Los argumentos estrictamente lógicos, como es el caso de la *reductio ad absurdum*, están regidos, sin embargo, tanto por reglas lógicas en sentido estricto, como es el caso de las de la lógica deóntica que forman parte de la lógica formal deductiva, como por reglas extralógicas, tales como las reglas de interpretación del derecho o las reglas de operación del sistema jurídico.

Se habla de argumento de reducción al absurdo, cuando se confirma la validez de una interpretación al demostrar que otra posibilidad interpretativa resulta insensata debido a las consecuencias indeseadas que provoca. Este tipo de argumentación cumple con una función teleológica al justificarse mediante su finalidad, que es la de evitar consecuencias no deseadas por el derecho.

En el discurso jurídico, el argumento apagógico recurre a un tipo de demostración indirecta, mediante la cual se confirma la tesis propia al evidenciar que la proposición contradictoria de dicha tesis se encuentra en contradicción con otra que de antemano es aceptada o reconocida como verdadera. De esta forma, la argumentación de la reducción al absurdo cumple un fin lógico al pretender que se observe el principio lógico fundamental de no contradicción. El argumento de la reducción al absurdo sugiere que se realice una interpretación específica, ya que las demás conducen a situaciones carentes de sentido.

Este método es aceptado, incluso, en la argumentación en materia penal, en los términos que señala la tesis que se transcribe: "La demostración de la verdad en la comisión de un hecho delictivo a través de las pruebas en el proceso penal puede ser directa o indirecta; es decir, cuando no se logra demostrar una tesis, por el procedimiento directo, entonces, se recurre a la demostración indirecta… la demostración indirecta, generalmente, en materia penal se in-

tegra con la indiciaria, y el razonamiento que se obtiene consistente en que primero se demuestre la falsedad de la antítesis, es decir, del juicio que contradice a la tesis, y de la falsedad por incongruente de la versión defensiva del inculpado, que se reduce al absurdo, se extrae la conclusión de la veracidad de la versión incriminatoria… por ello, si la versión defensiva es inconsistente con las pruebas aportadas al juicio, a través del principio lógico conocido como tercero excluido, de la falsedad del argumento defensivo se deduce la veracidad de la acusación incriminatoria. Este método de demostración tiene el nombre de 'reducción al absurdo'".

Carla Huerta Ochoa

Reforma constitucional (general)

La reforma constitucional consiste en la modificación del texto de una Constitución conforme al procedimiento que esta fija para tal efecto: por lo tanto, al estar regulado por la Constitución misma, el poder de reforma es un poder derivado y no originario o, si se prefiere, constituido.

El fundamento de este concepto reside en el *carácter rígido* de las cartas fundamentales modernas, en contraposición a las cartas flexibles que podían ser alteradas con la aprobación de una ley ordinaria. La existencia de un procedimiento determinado por el poder constituyente para la modificación del texto, representa al mismo tiempo una señal de la supremacía de la Constitución respecto de las otras fuentes del derecho, y una garantía de estabilidad (aunque no de eternidad) cuya efectividad varía conforme a la mayor o menor complejidad del mismo.

Desde el punto de vista estructural, existe una primera dicotomía básica entre aquellas reformas que afectan directamente al texto y las enmiendas que dejan intacto el texto originario, el cual mantiene así su identidad originaria, y añaden al final, de forma progresiva, los aspectos nuevos (como las veintisiete enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América). Sin embargo, en ambos casos se trata de reformas *explícitas* que tienen que distinguirse de las *tácitas* o implícitas. Estas últimas pueden ser el resultado de múltiples fenómenos: por ejemplo, de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales, de la implementación normativa de un precepto constitucional o incluso de la praxis.

Los criterios que la doctrina ha usado para clasificar los procedimientos de reforma constitucional pueden ser condensados en dos grandes conjuntos: quiénes son los sujetos involucrados, y cuáles son el procedimiento y los límites formales y sustanciales.

En primer lugar, por lo que se refiere a los *sujetos involucrados*, las experiencias comparadas enseñan una pluralidad de soluciones posibles en relación al órgano (o los órganos) titular del poder de reforma. El Parlamento suele ser el protagonista, en su composición ordinaria o en una composición especial, en varias deliberaciones sucesivas (como, por ejemplo, en Italia, donde las dos cámaras tienen que aprobar el mismo texto, y entre las dos deliberaciones tienen que transcurrir por lo menos tres meses, conforme al art. 138 const.), o incluso en dos legislaturas sucesivas, con la disolución de la Asamblea Legislativa, y la

posterior votación del mismo texto de reforma por parte de los parlamentarios recién elegidos (por ejemplo, en Grecia, art. 110 const. o en Noruega, art. 112 const.). Además, el Parlamento puede ser llamado a declarar la necesidad de una reforma, pero no a aprobarla, como pasa por ejemplo en Argentina, donde tras la deliberación por mayoría de dos tercios, tiene que convocarse una Convención (art. 30 const.): este último caso introduce otra hipótesis, es decir, que para tramitar una reforma tenga que instituirse un órgano distinto a los que habitualmente se encuentran en el sistema.

Un factor a considerar en este ámbito es la participación del pueblo, que en muchos casos es implicado en las reformas constitucionales, en cuanto titular de la soberanía. Éste puede disponer tanto del poder de iniciativa (por ejemplo, en Colombia, art. 375 const.) como de la decisión final, normalmente mediante un referéndum que, a su vez, puede ser obligatorio o facultativo, como lo es en Italia, a solicitud de una serie de sujetos, y solo cuando las dos cámaras no alcanzan la mayoría de dos tercios, pero sí la absoluta. Recurrir al voto popular es un trámite típico de los procedimientos de reforma total (España, art. 168 const.; Austria, art. 44 const.; Bolivia, art. 411 const.), sobre la cual se remite a la voz correspondiente.

En los Estados federales, finalmente, suele ser necesaria la posterior ratificación por parte de los Estados miembros: la Constitución de los Estados Unidos de América fue precursora al respecto, ya que requiere la aprobación de los tres cuartos de los Estados (art. V, y véase sobre este problema también el art. 135 de la Constitución mexicana); empero, en algunos casos, la participación de las entidades territoriales está garantizada mediante votaciones populares en cada una de ellas (como en Australia, art. 128 const.) o mediante su representación en la cámara alta, como es en Alemania.

En segundo lugar, por lo que se refiere al *procedimiento* y a los *límites* formales y sustanciales, es necesario reiterar que el elemento central del procedimiento agravado de reforma constitucional consiste en la necesidad de alcanzar una mayoría más elevada de la (relativa o, en algunos casos, absoluta) que se exige para las leyes ordinarias o reforzadas de otra naturaleza. Estas normas tienen como objetivo primigenio la implicación en el proceso decisorio de las minorías, o por lo menos de una parte de ellas, al tratarse de actos normativos que modifican la fuente de nivel más elevado en el sistema.

Los límites a la reforma suelen diferenciarse entre explícitos e implícitos, es decir, aquellos que están previstos en cláusulas pétreas específicas y aquellos que se deducen por vía interpretativa, sin que exista una norma expresa (véase la voz correspondiente, límites implícitos).

Entre los explícitos, sin mencionar de nuevo los vínculos de procedimiento mencionados con anterioridad, existen restricciones desde el punto de vista temporal, básicamente en dos hipótesis: las normas que establecen un plazo entre una reforma y la siguiente (por ejemplo, en Portugal, art. 284 const. o en Grecia, art. 110 const., en ambos casos cinco años), y las que impiden que se tramiten enmiendas constitucionales en situaciones excepcionales, como estado de sitio, guerra o excepción (por ejemplo, en Brasil, art. 60 const. o en Portugal, art. 291 const.).

La otra categoría de límites explícitos, de carácter puramente material, se manifiestan en las denominadas cláusulas pétreas (o de intangibilidad), y tienen contenidos muy variados. Mediante estas normas los constituyentes quieren preservar la forma de Estado, desde el punto de vista tanto institucional (la República: por ejemplo, en Italia, art. 139 const. o en Francia, art. 89 const.) como territorial (el Estado federal: por ejemplo, en Alemania, art. 79 const. o en Brasil, art. 60 const.), e incluso la forma de Estado democrática, en su declinación de derechos y libertades; pero los aspectos irreformables varían muchísimo según el texto constitucional de referencia.

Un fenómeno que, por lo menos, es necesario mencionar es la denominada *rigidez variable*, es decir, la regulación de procedimientos diferentes de reforma constitucional, según el contenido que se va a afectar y la posible coexistencia de reforma total y reforma parcial (por ejemplo, en Austria, art. 44 const.; en España, art. 168 const., y en Colombia, art. 377 const.).

Sabrina Ragone

Reforma constitucional (límites implícitos)

Los límites a la reforma constitucional se suelen distinguir entre formales y materiales, siendo los primeros los que se refieren al procedimiento y los segundos los relativos al fondo. Por lo general, el procedimiento suele estar determinado en su totalidad, o cuando mucho se hace referencia a las reglas del procedimiento legislativo como fuente integradora; al contrario, dentro de la segunda categoría se pueden encontrar límites tanto explícitos —cláusulas de intangibilidad— como implícitos, es decir, no expresamente previstos en una norma particular del texto constitucional. Sin embargo, aun en presencia de cláusulas de intangibilidad, se plantea el problema de la existencia o no de otros principios constitucionales irreformables (en Italia, por ejemplo, además de la forma republicana, inmodificable conforme al art. 139 const., la doctrina y la jurisprudencia han individualizado aquellos principios supremos que no se pueden someter a reforma).

Se trata de límites que pueden ser deducidos de las cartas fundamentales mediante técnicas exegéticas de carácter teleológico o axiológico, teniendo en cuenta la finalidad de las normas y los valores que subyacen a las mismas, e incluso sistemático o extensivo. La idea primordial es la existencia de un núcleo duro cuya transformación implicaría una sustitución (así la denomina la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo) y no una simple reforma: este conjunto de elementos conforma así la identidad constitucional (o el espíritu, como lo define la Constitución noruega). Algunos tribunales supremos han hecho referencia al concepto de "estructura básica" de la Constitución, como, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la India, donde los debates acerca de estos elementos básicos ha girado en torno a conceptos como la supremacía constitucional, la democracia, la separación de poderes, el federalismo y los derechos. Asimismo, se ha hablado de decisiones políticas fundamentales (así la Sala Constitucional de Costa Rica) o de contenidos fundamentales (Tribunal Constitucional peruano).

Sabrina Ragone

Reforma constitucional (límites lógicos)

Los límites lógicos de la reforma constitucional son aquellos que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante el proceso hermenéutico corriente, al tratarse de vínculos inmanentes y no coyunturalmente relacionados con una carta fundamental específica. En otras palabras, se trataría de límites universales derivados de los conceptos mismos de reforma y de Constitución, con lo cual difieren de los denominados límites implícitos (véase la voz correspondiente). Justamente, por su carácter general, la doctrina ha considerado dichos límites como absolutos o insuperables mediante procedimientos legales. El límite lógico principal reside en la necesidad de que algo de la Constitución siga en pie después de la reforma, pues de lo contrario se daría una manifestación más o menos espuria de poder constituyente o, como lo denomina una parte de la doctrina, un "fraude constitucional".

De las teorías sobre la imposibilidad de modificar determinados elementos en estos términos, la más conocida es la que hace referencia a las normas sobre el procedimiento de reforma, como en la denominada paradoja de Alf Ross. Modificar las normas sobre la reforma, a través del procedimiento previsto para ella, presentaría el problema de la autorreferencialidad: es así en los estudios de lógica, donde las frases autorreferenciales se consideran paradójicas, y por lo tanto, sin sentido. Según este autor, ninguna fuente está habilitada para regular las condiciones de su propia validez, pudiendo al revés determinar los requisitos de las fuentes de nivel inferior. La Constitución, en la medida en que prevé el procedimiento de reforma, estaría creando una autoridad especial, la más elevada del sistema, no sometida a los poderes constituidos en cuanto derecho presupuesto y necesario.

Esta tesis se basa además en una visión jerárquica del ordenamiento jurídico, donde las normas sobre la producción de normas, a pesar de situarse en la misma fuente (en este caso, la Constitución), fundamentan la modificación de las segundas, y en consecuencia no podrían ser sometidas a reforma: cada norma tiene que originarse con base en otra superior.

Las críticas más fuertes a la existencia de límites lógicos se basan en argumentos relacionados, en primer lugar, con la necesidad de superar el problema práctico de la existencia dinámica de los sistemas jurídicos que evolucionan a lo largo de los años, y por ello tienen que analizarse en perspectiva diacrónica. Si la reforma de las normas sobre el procedimiento se hace conforme a estas mismas normas, la regulación antigua dejaría simplemente de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la nueva; este fundamento de validez autorreferencial sería aplicable, de todas formas, exclusivamente a las Constituciones, puesto que no se halla en el ordenamiento ninguna fuente de rango superior; al contrario, un problema diferente se da cuando se aprueban reformas mediante procedimientos parcialmente diferentes al que establece la Constitución, como ha pasado en Alemania o se ha intentado en Italia con las comisiones bicamerales de los años noventa. Los autores más escépticos sobre la existencia de los límites lógicos hacen hincapié, por un

lado, en el contexto histórico y político en el que se sitúa toda reforma constitucional, y por otro lado, en la primacía de un análisis de derecho positivo respecto a la construcción teórica propuesta.

Sabrina Ragone

Reforma en materia de derechos humanos de 2011

En México, el 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma más importante a la Constitución federal de la República en materia de derechos humanos desde su promulgación en 1917.

Esta reforma trascendental, que buscó fortalecer el sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México, implicó la modificación de 11 arts. constitucionales: 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. Los principales cambios que se produjeron a través de ella se reflejan a continuación (*cfr*. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012).

- En el art. 1o. constitucional:

— Se transforma la denominación del capítulo I, título primero, para pasar “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”.

— Se reconoce constitucionalmente a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales al mismo nivel que los consagrados en la norma fundamental.

— Se dispone que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Así, además de establecer la obligación de realizar la interpretación conforme a tratados, también se prevé la aplicación del principio *pro persona*, por el que todas las autoridades que aplican la ley quedan obligadas a preferir aquella norma o aquella interpretación que mejor proteja al ser humano.

— Se dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Se trata de un mandato integral, no solamente porque está dirigido a todas las autoridades, sino porque la obligación abarca los diversos ámbitos de la actuación pública. Es un mandato para transformar el desempeño diario de las autoridades.

— Se consagran los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como fundamento de la actuación pública.

— Se obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

— Se precisa la prohibición de discriminación por motivo de preferencias sexuales.

- El art. 3o. incluye la disposición de que la educación que imparta el Estado fomentará el respeto a los derechos humanos.

- En el numeral 11 se reconoce el derecho al asilo y refugio para quedar: "En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio".
- En el art. 15 se prohíbe la celebración de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución, y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- El sistema penitenciario debe organizarse sobre la base del respeto a los derechos humanos (art. 18).
- En el precepto 29 constitucional se regula un nuevo régimen de suspensión y restricción de derechos y garantías, además se constituye un núcleo duro de derechos que no pueden suspenderse nunca, ni aun en estados de excepción.
- Por otra parte, se otorga derecho de audiencia a las personas extranjeras sujetas al proceso de expulsión previsto en el art. 33.
- Se prevé en el art. 89, frac. X, que el Poder Ejecutivo, en la conducción de la política exterior, observará como principio el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.
- Con la reforma al art. 97 se suprime la facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos que se encontraba en la esfera competencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- La facultad de investigación se incorporó en el art. 102, apartado B, de manera cuestionable, como una "nueva" atribución de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Además, se pretende dotar al *ombudsman* de mayor autonomía, verificar una consulta pública en su proceso de elección, brindar mayor fuerza a sus recomendaciones a través de un control político a cargo del Poder Legislativo (Cámara de Senadores), que podrá llamar a los servidores públicos que no acepten o no cumplan las recomendaciones, y finalmente, amplía la competencia del *ombudsman* a la materia laboral.

En el art. 105, frac. II, inciso g), se prevé que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En interpretación del renovado art. 1o. constitucional se han producido dos decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia mexicana, una en 2011 y otra en 2013.

La primera de ellas fue en el expediente Varios 912/2010, resuelto en julio de 2011, producido a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco. En ella se determinó que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en contra de México serían vinculantes para los jueces mexicanos y las pronunciadas en contra de otros países se constituirían como un referente orientador. También se decidió que todos los jueces mexicanos debían ejercer el control de convencionalidad, por

lo que se estableció un nuevo sistema de control constitucional-convencional en México, pasando del modelo concentrado a uno difuso o híbrido. Finalmente, se sostuvo que todas las violaciones a los derechos humanos debían ser conocidas por la jurisdicción ordinaria o civil, nunca por la militar.

Posteriormente, en sesiones de agosto y septiembre de 2013, la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011 en la cual se sostuvo que en México existe un bloque de constitucionalidad, como parámetro de control o regularidad constitucional y convencional, que se integra por el conjunto de derechos humanos, tanto de fuente nacional (constitucional propiamente hablando) como internacional (tratados internacionales). Esto sin duda tiene una clara ventaja, ya que amplía, en su número y alcance, los derechos que se establecen literalmente en la Constitución, con aquellos que están recogidos en los tratados e instrumentos internacionales. La aplicación de estos derechos se realiza mediante el principio *pro persona*.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte mexicana también determinó que en caso de contradicción entre el texto constitucional y los tratados internacionales, prevalecerá el primero, lo que se puede interpretar como un matiz, excepción o restricción a la aplicación del principio *pro persona*.

Por último, dentro de la misma contradicción de tesis 293/2011, se decidió que todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los jueces mexicanos, sin importar si fue México el país condenado. Esto representa un avance y un reto en relación a la decisión de la misma Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010. De esta contradicción se derivarán tesis jurisprudenciales. Al momento de escribir estas líneas aún no se ha emitido por la Suprema Corte el engrose de esta decisión.

La reforma de derechos humanos 2011 está interrelacionada y se complementa con la reforma de amparo, publicada el 6 de junio de ese mismo año. A través de ella, el amparo se convierte en una garantía de los derechos humanos, ya que, entre otras muchas cosas, se estableció su procedencia en contra de actos, leyes u omisiones de autoridad que violen derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

A más de dos años de la entrada en vigor de la reforma 2011, aún estamos lejos de que su implementación sea una realidad, pero, sin duda, a raíz de ella se está gestando en México un nuevo derecho constitucional que se proyecta en todos los ámbitos del derecho. La reforma 2011 debe irradiar la vida nacional mexicana.

Julieta Morales Sánchez

Reformas totales

La peculiaridad de la reforma total de la Constitución, en comparación con las reformas "parciales" (véase la voz correspondiente), reside en el objeto de la misma, es decir, todo el texto de la carta fundamental, o una parte preponderante del mismo.

Al tratarse de hipótesis reguladas, los constituyentes fijan así unas herramientas de control, incluso sobre las modificaciones relativas al núcleo de la

Constitución, que pierden su carácter necesariamente revolucionario para ser confinadas en el cauce de la legalidad. Por ello, la objeción que tradicionalmente se opone a las cláusulas sobre la reforma total reside en la imposibilidad jurídica y política de someter el poder de crear una nueva Constitución a los vínculos procedimentales de la anterior. Sin embargo, si se adopta una visión más estricta, al existir una continuidad jurídica con la "nueva" Constitución reformada, no podría hablarse de ejercicio de poder constituyente, al contrario, con un análisis material se podría llegar a la conclusión opuesta. La reforma total representa, en consecuencia, una nueva frontera del constitucionalismo donde el poder constituyente originario consigue perpetuarse indefinidamente.

El problema mayor reside en la (in)existencia de límites a las reformas totales, ya que estas por su propia naturaleza podrían incidir en cualquier aspecto de la Constitución. A pesar de este dato literal y semántico, la doctrina en muchos países ha intentado igualmente individualizar elementos irreformables, tanto haciendo referencia a algunas normas constitucionales peculiares —por ejemplo, las que declaran la inviolabilidad de los derechos humanos— como anclando sus tesis en los vínculos que impone el derecho internacional, y en el contexto europeo, el derecho de la Unión Europea.

A pesar de las cuestiones teóricas de gran calado que plantean dichos instrumentos, la tendencia a prever cláusulas de este tipo es innegable, y el derecho comparado ofrece numerosos ejemplos. Lo que mancomuna las experiencias es la previsión de formas de *agravamiento del procedimiento*, tanto desde el punto de vista de la mayoría exigida, como de los sujetos a involucrar, con especial referencia al cuerpo electoral.

Además de la constante participación popular y de la complejidad del procedimiento, otro aspecto común —aunque no universal— consiste en la adopción de un criterio cualitativo y no cuantitativo a la hora de establecer de qué tipo de reforma se trata (parcial o total), con lo cual aquellas modificaciones que inciden en los elementos nucleares del sistema, aunque solo se vaya a tocar un art.ículo, están sometidas al procedimiento más complicado.

Este deseo de mantener la continuidad entre diferentes textos constitucionales sucesivos se ha manifestado, sobre todo, en Occidente.

Por ejemplo, en Europa, la Constitución austriaca añade al procedimiento de aprobación de una reforma el referéndum popular en los casos de reforma total (art. 44) y además exige la mayoría absoluta de los votos válidos (art. 45).

A su vez, el caso español ofrece un paradigma de complejidad extrema, ya que establece, para la reforma total, la aprobación por mayoría de dos tercios en las Cortes generales, seguida por la disolución de las mismas. Las nuevas Cortes deberán pronunciarse sobre el texto ratificándolo, y luego aprobándolo con la misma mayoría, y posteriormente se realizará un referéndum popular (art. 168). Otro aspecto a destacar de la regulación española es la equiparación de las reformas que afectan a determinados ámbitos de la Constitución (el título preliminar, que contiene los principios fundamentales y las normas sobre los derechos fundamentales, las libertades públicas y la Corona) con las hipótesis de reforma total, con la consecuente extensión del procedimiento

descrito. Ello implica una jerarquización interna de las normas constitucionales con la subsiguiente superprotección de las que se consideran más relevantes; y esta jerarquización fue realizada por el poder constituyente, el cual seleccionó aquellos elementos que componen la esencia del sistema.

No se puede omitir a este respecto una referencia al ordenamiento suizo. Lo que resulta más interesante no es tanto la forma en que la Constitución regula la reforma total (art. 193), otorgando un papel fundamental al órgano legislativo y al pueblo, sino el proceso que entre los años ochenta y finales de los noventa ha llevado a una drástica modificación del texto, pero por etapas, a través de cambios progresivos y sucesivos.

En América Latina también son numerosas las Constituciones que regulan esta hipótesis: solo para mencionar algunos ejemplos, la argentina prevé que puede reformarse en parte o "en todo" (art. 30); la boliviana equipara la reforma total a las modificaciones que afecten "a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución", y establece la necesidad de una Asamblea Constituyente que califica de "originaria" y "plenipotenciaria", y que se convocaría tras un referéndum popular (art. 411); la costarricense habla de "reforma general", y se la encomienda a una Asamblea Constituyente *ad hoc*, convocada por decisión tomada por el Legislativo con la mayoría de dos tercios (art. 196).

Sabrina Ragone

Reglamento

(De *reglar*, y este, a su vez, del latín *regulare*). El término "reglamento" trasciende en muchos aspectos la órbita de acción del derecho administrativo, siendo empleado con bastante frecuencia en otras ramas del derecho. El reglamento es el conjunto de normas generales, abstractas e impersonales, que de manera unilateral y escrita expiden los órganos del Estado, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública en uso de atribuciones constitucionalmente determinadas, y que se encuentran subordinadas jerárquicamente a las normas con rango y fuerza de ley formal. Este conjunto de normas facilitan la ejecución y observancia de las leyes expedidas por el órgano legislativo, desarrollando sus principios y completando en detalle los supuestos que las mismas establecen. Históricamente, lo que el día de hoy conocemos por reglamento y potestad o *facultad reglamentaria* (Casarín León, 2003: 57 y ss.) es el resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el titular del Poder Ejecutivo y las asambleas representativas que se inician en la Baja Edad Media. En México, los juristas españoles copiaron la institución del constitucionalismo francés en la Constitución de Cádiz (1812), misma que fue mantenida en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1822), en la Constitución Federal (1824), en las Siete Leyes Constitucionales (1836), en la Constitución Política de la República Mexicana (1857) y finalmente en la Constitución vigente (1917). De acuerdo con la doctrina, el reglamento es un acto unilateral que produce efectos jurídicos generales en forma directa, esto es, sus normas crean situaciones jurídicas generales y abstractas que en ningún caso regulan una situación

jurídica concreta, y son dictadas, entre otras cosas, para la atención pormenorizada de los servicios públicos, para hacer posible la ejecución de la ley, y para los demás fines de la organización estatal. Los elementos generales del reglamento, como fuente del derecho administrativo, son los siguientes: a) es un conjunto de normas jurídicas que emanan de los órganos del Estado, primordialmente del Poder Ejecutivo y la administración pública, generalmente dictadas en ejercicio de facultades discrecionales; b) es unilateral, por oposición a bilateral, ya que en el segundo supuesto se trata de una declaración de voluntad común entre dos o más partes, destinada a regular sus derechos; en cambio, en el acto unilateral falta esa declaración de voluntad común, y es por el contrario una sola parte, en este caso los órganos estatales, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública, quienes expresan su voluntad; c) esas normas tienen por objeto facilitar en la esfera administrativa la ejecución de las leyes que expida el Congreso de la Unión; d) el carácter impersonal y general del reglamento, que asume características semejantes a las de la ley; aquí está dada la distinción esencial entre reglamento y acto administrativo; e) el reglamento no puede invadir el dominio reservado por la Constitución al legislador, por lo que debe mantenerse los principios de primacía y reserva de ley; f) el reglamento debe ser promulgado y publicado para que tenga fuerza legal obligatoria, y g) el reglamento no debe tener otras cargas, restricciones, limitaciones o modalidades, que las establecidas en la ley y de conformidad con la Constitución. Como podemos observar, el reglamento comparte con la ley los atributos de ser normas generales; sin embargo, el primero es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la segunda. Esto quiere decir que su sumisión a la ley es absoluta (Francia constituye una excepción, en donde se habla de "reserva de reglamento" autorizada por su Constitución); por tanto, no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no pudiendo contradecir o dejar sin efecto los preceptos legales, ni tampoco abordar contenidos reservados a aquellos. Desde el punto de vista de régimen jurídico, también existen las siguientes diferencias: 1) en nuestro país existe una distinción de carácter formal que consiste en que la ley es un acto legislativo (deriva del Congreso) y el reglamento un acto primordialmente dictado por la administración (que expide el titular del Poder Ejecutivo); 2) el reglamento no es emitido con el mismo procedimiento de la ley expedida por el Congreso; 3) en cuanto a su existencia, la ley existe y tiene plena validez sin necesidad del reglamento; este último requiere, salvo excepciones expresas, pero cuestionadas, de la existencia de la ley; 4) en cuanto a su vigencia, la ley es obligatoria mientras no se abrogue; el reglamento no puede existir al desaparecer la ley (aunque han existidos casos muy cuestionados en donde el Congreso mantiene la vigencia de aquellos en los transitorios mediante los cuales abroga la ley); 5) en cuanto a su contenido, la ley tiene una materia reservada que solo ella puede regular; en nuestro sistema constitucional, este criterio tiene aplicación aun tratándose de las leyes expedidas en ejercicio de facultades extraordinarias encomendadas al presidente de la República. La doctrina ha reconocido diversos tipos de reglamentos: a) de ejecución, los que emite el titular del Poder Ejecutivo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, con objeto de hacer posible la aplicación y el cumplimiento de las leyes formales como

presupuesto necesario para su existencia, también son llamados de subordinación; 2) de administración pública, los cuales se expiden sin necesidad de referirse o desarrollar totalmente una ley específica, para organizar y clarificar la competencia de los órganos que pertenecen formalmente a aquella; 3) autónomos, son los que no dependen de una ley y se habilitan directamente por la Constitución (en México se discute su existencia, pues el Ejecutivo solo puede reglamentar las leyes que expida el Congreso); 3) delegados o de integración, que expiden los órganos administrativos o demás poderes del Estado (incluyendo los órganos constitucionales autónomos) cuando es expresamente autorizado o habilitado por el Legislativo para regular materias que le están atribuidas constitucionalmente a este, y 4) de necesidad y urgencia, son los que dicta el Ejecutivo en situaciones graves y urgentes sobre diversas materias, incluso que corresponden al Legislativo. Por su contenido, los reglamentos pueden ser jurídicos o de organización, los primeros se refieren a materias que afectan directamente a los administrados, por lo cual tienen el carácter de general, y los segundos son los que se dirigen a regular la organización administrativa sin incidir sobre los particulares. En los reglamentos se distinguen los límites formales respecto a sus requisitos de validez, los cuales se refieren a la competencia que debe tener el órgano administrativo para producirlo, en consideración de una jerarquía normativa (subordinación a la Constitución y a la Ley), y de conformidad con un procedimiento especial previamente establecido, cuya omisión puede ocasionar su invalidez (en el caso mexicano, a través del juicio de amparo o la controversia constitucional). La creciente complejidad de las actividades estatales ha puesto de manifiesto problemas de constitucionalidad de actos normativos, que equivalen en su contenido a auténticos reglamentos expedidos por una pluralidad de órganos estatales, en su mayoría ubicados en el ámbito de la administración pública (circulares, acuerdos, decretos, normas oficiales mexicanas, lineamientos, manuales de organización, criterios, reglas de carácter general, entre otros), donde se discute la competencia para expedirlos y el alcance de sus disposiciones en relación a la seguridad jurídica y derechos fundamentales de los destinatarios, así como a los principios de primacía y reserva de ley.

Manlio Fabio Casarín León

Reglamento de la Corte Interamericana

El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos fue institucionalizado formalmente con la entrada en vigor de la Convención Americana que incorporó a la Comisión Interamericana y creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual con el paso de los años y con los cambios políticos de la región ha venido renovando sus atribuciones reglamentarias para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Su reglamento es un documento básico que tiene por objeto regular su organización y las normas de procedimiento que rigen su actividad.

La Corte Interamericana aprobó su primer reglamento en julio de 1980, durante su tercer periodo de sesiones, llevado a cabo del 30 de julio al 9 de

agosto de ese año. Es un documento básico que tiene por objeto regular su organización, así como las normas de procedimiento que rigen su actividad. Es destacable que desde su vigencia se asignó a la Comisión Interamericana el rol de demandante, y se permitió enviar como delegado de un asunto a cualquier persona que la Comisión designara. Esta codificación tuvo como antecedente el reglamento entonces vigente para la Corte Europea de Derechos Humanos, a su vez inspirado en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

Este ordenamiento ha sufrido diversas modificaciones desde su creación: el segundo reglamento fue aprobado en su XXIII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991. El tercer reglamento fue aprobado en su XXXIV Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996. El cuarto reglamento fue aprobado en su XLIX Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; este último fue reformado en su LXI Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y asimismo en su LXXXII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

A partir del Reglamento que entró en vigor el 1o. de enero de 1991, ante la necesidad de agilizar los procedimientos, se estableció que el presidente llevaría a cabo un examen preliminar de la demanda, y si advertía que los requisitos fundamentales no habían sido cumplidos, solicitaría se subsanaran los defectos. También, que las partes debían cumplir con la presentación de los escritos, de acuerdo con los plazos fijados en esta.

El tercer reglamento de 1996 presentó algunas innovaciones, al precisar tanto la terminología como la propia estructura del procedimiento, por lo cual contó por primera vez con una normatividad interna adecuada a un código de proceso internacional. Además, se amplió la facultad de la Corte para solicitar a las partes o recabar oficiosamente cualquier medio probatorio sin importar el estado del procedimiento; lo anterior, para mejor resolver los casos. De igual forma, se incluyeron para la terminación anticipada del proceso, las figuras jurídicas de la solución amistosa, el sobreseimiento y el allanamiento ante la Corte.

El aspecto más relevante de este ordenamiento fue que se otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones del proceso, plasmada en el entonces art. 23. Con ello se dio un paso adelante, tanto hacia el reconocimiento efectivo de la calidad de sujetos de derecho internacional de los individuos, como hacia un sistema más racional que evite conflictos de intereses y dualidad de roles de parte de la Comisión.

Con la reforma del Reglamento por cuarta ocasión, que entró en vigencia el 1o. de junio de 2001, que se gestó en un amplio proceso de reflexión en donde participaron activamente diversos entes de la Organización de Estados Americanos, entidades de la sociedad civil y los Estados miembros, se introdujeron una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in judicio*) en todas las etapas del proceso iniciado, mediante la presentación de una demanda ante el tribunal. Lo anterior significó un gran

avance, al reconocer a las víctimas el derecho a participar en forma autónoma durante todo el proceso.

En el Reglamento adoptado más recientemente por la Corte, en vigor en 2010, se introdujeron reformas significativas al papel que la Comisión desempeña en los casos contenciosos ante el tribunal, puesto que quedó circunscrito a los aspectos jurídicos de los mismos, en los que la Comisión proporciona su experticia en la materia. Asimismo, puede verse una adaptación a los cambios tecnológicos, pues en el art. 15 se estableció la práctica de realizar grabaciones de audio de las audiencias.

Por otra parte, en cuanto a las víctimas, se incorporó que además de presentar sus propios argumentos jurídicos (lo que ya hacían desde el Reglamento de la Corte de 2001), lidiaran de manera exclusiva frente al Estado en lo que a cuestiones de hecho se refiere. También en este ordenamiento se encuentra la inclusión de una disposición en la que se establece que los jueces no podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual cuando sean nacionales del Estado demandado. Asimismo, se recopilaron diversas prácticas procesales de la Corte.

El actual reglamento está compuesto por un apartado de disposiciones preliminares y cinco títulos que contienen un total de 79 artículos. Dentro de las disposiciones preliminares se establece el objeto y las definiciones de los términos empleados. El título primero, denominado "De la organización y funcionamiento de la Corte", abarca tres capítulos relativos a la Presidencia y Vicepresidencia, a la Secretaría y al funcionamiento de la Corte; el segundo se dedica al proceso, y en sus siete capítulos se establecen las reglas generales, el procedimiento escrito, procedimiento oral, procedimiento final escrito, pruebas, desistimiento, reconocimiento y solución amistosa y sentencias; el tercero versa sobre las opiniones consultivas; el cuarto sobre la rectificación de errores, y finalmente, el quinto se dedica a las disposiciones finales y transitorias.

Jorge Meza Pérez

Rendición de cuentas

Típicamente se hace una lectura literal y estrecha del concepto de la rendición de cuentas. Los enfoques más comunes provienen de las discusiones académicas en inglés sobre el concepto de *accountability* y lo circunscriben a simplemente llevar "cuentas claras", poco más que sumas y restas bien hechas, y en su caso, ofrecer la posibilidad de que algún actor externo pueda tener cierto nivel de acceso a tales "cuentas".

Tal acercamiento es insuficiente, ya que deja fuera conceptos fundamentales como *transparencia, sanciones, desempeño, corrupción, interés público* y *relaciones de principal-agente*. Hace falta una definición más robusta para que el término pueda funcionar, entender mejor la naturaleza pública del Estado y facilitar el buen funcionamiento institucional.

Afortunadamente, el término en español cuenta con una ventaja con respecto al inglés. Mientras la palabra *accountability* sugiere una actitud pasiva

(con la terminación -*ability*), la palabra "rendición" implica una acción clara de parte del objeto de la rendición de cuentas. En general, la rendición de cuentas debe ser entendida como un proceso dinámico de informar a la ciudadanía, y no como un momento estático. Rendir cuentas es hallarse en movimiento y no permanecer sentado en la oficina "portándose bien" y estar "abierto a la crítica".

Tal y como lo ha señalado Andreas Schedler, el comportamiento proactivo, que implica la rendición de cuentas, exige constante diálogo, explicación y justificación de las acciones gubernamentales. Otra definición que intenta recoger esta dinámica es la de John Ackerman, quien lo define de la siguiente manera: "Un proceso proactivo por medio del cual los objetos de la rendición de cuentas informan, explican y justifican sus planes de acción, su desempeño y sus logros, y se sujetan a las sanciones y recompensas correspondientes".

La rendición de cuentas puede incluir evaluación, tanto del desempeño como del acatamiento a las reglas. Asimismo, habría que tomar en cuenta las tres temporalidades posibles (pasado, presente, futuro) de la rendición de cuentas. El concepto también necesariamente implica la existencia de alguna sanción o recompensa como resultado del proceso de evaluación externa.

Los objetos de la rendición de cuentas, los actores sujetos al proceso, pueden ser servidores públicos o actores sociales o privados. Asimismo, los sujetos del proceso puede ser la ciudadanía o, en su caso, instituciones estatales o sociales especialmente diseñadas para exigir la rendición de cuentas, como un *ombudsman* o una "contraloría social". Guillermo O'Donnell distinguía entre dos direccionalidades del proceso: la rendición de cuentas "vertical", donde quien exige cuentas tiene autoridad directa sobre el objeto del proceso, y la rendición de cuentas "horizontal", la cual existe entre dos actores de autoridad y poder similares.

Así que la rendición de cuentas no necesariamente implica una relación de autoridad entre el actor que exige y el que responde. Autores como Mulgan y Moreno, Crisp y Shugart han insistido que la rendición de cuentas solamente existe como parte de una "relación principal-agente", en la que el principal delega autoridad en su agente, que actúa por él, para luego pedirle cuentas con respecto a su actuación. Pero, en realidad, relaciones "horizontales" de rendición de cuentas, entre dos actores de autoridad equivalente, son comunes. Un legislador fácilmente puede llamar a cuentas a otro legislador por no cumplir con los estatutos o el programa del partido en sus votaciones. La relación entre un *ombudsman* y una dependencia gubernamental o entre dos hermanos gemelos puede tener una naturaleza parecida.

Otro debate importante en la literatura es el que aborda la relación entre la rendición de cuentas y la "responsabilidad" (*responsiveness*). Algunos sostienen que existe una separación radical entre estos dos conceptos. Por ejemplo, Bernard Manin, Adam Przeworski y Susan Stokes postulan que el concepto de rendición de cuentas debería limitarse a la evaluación del comportamiento de los servidores públicos, o actores privados, de acuerdo con estándares "externos", y por lo tanto, no debería mezclarse con los temas de la representatividad o las demandas sociales. Otros autores han cuestionado esta de-

marcación de conceptos por su tendencia "tecnocrática", al querer separar artificialmente los ámbitos del desempeño institucional y la participación democrática.

John Mill Ackerman Rose

Reparaciones

Es ampliamente reconocido el principio de que quien incurre en una conducta ilícita y causa un daño está obligado a afrontar las consecuencias de aquel y a reparar el daño ocasionado. El régimen de las reparaciones (o mejor dicho, de las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita), que ofrece modalidades diversas en función de la ilicitud de la conducta y de la culpabilidad con la que obre el agente, tiene aplicación en las más diversos campos del ordenamiento jurídico. En México, cuenta con cimiento constitucional y se proyecta hacia las ramas civil, penal, administrativa, mercantil, etcétera; hoy día posee extensa proyección en el orden internacional general y en el terreno de los derechos humanos, principal espacio al que se destina esta nota.

La Constitución general de la República contiene disposiciones categóricas acerca de la reparación del daño derivado de la comisión de delitos, que debe ser satisfecho a las víctimas (es decir, a los titulares del bien jurídico afectado y otras personas perjudicadas por el comportamiento ilícito). Esta materia se halla contemplada en el art. 20, bajo el epígrafe "De los derechos de la víctima o del ofendido". Corresponde al Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal, reclamar la reparación del daño (erróneamente concebido como pena, no obstante su naturaleza de consecuencia civil del delito) y al tribunal de la causa condenar al responsable. El derecho del ofendido se plantea, pues, ante ambas instancias de la persecución penal y la administración de justicia. La reglamentación de estas reparaciones se localiza en los códigos, penal y de procedimientos penales, conforme a sus respectivas especialidades, y trasciende al derecho ejecutivo penal en lo que respecta al disfrute de ciertos beneficios que implican correctivos en la duración de la pena impuesta.

Por otra parte, el art. 113 constitucional, enclavado en el título cuarto de la ley fundamental, bajo el rubro "De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado", previene la responsabilidad de este "por los daños que, con motivo de la actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares"; señala que esta responsabilidad tiene carácter objetivo y directo. Añade que "los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes". Existe una ley secundaria, derivada de la norma constitucional, acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado (federal), que considera asimismo las determinaciones adoptadas a este respecto por órganos internacionales, tema al que me referiré *infra*.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, de 2011, que llevó adelante una amplia revisión de este tema, particularmente a través del nuevo texto del art. 1o. —norma fundamental para la debida elaboración y lectura del ordenamiento jurídico nacional, en todos sus peldaños: federal, estatal, distrital y municipal— acogió también el tema de las reparaciones a

cargo de instancias públicas. Tras manifestar que corresponde "a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias… la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad", el párrafo segundo de ese precepto supremo dispone que, "en consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

Comúnmente se reconoce que la ley reguladora de la reparación a la que se refiere el art. 1o. constitucional es la Ley General de Víctimas, conforme resultó del complejo proceso legislativo que culminó en 2013. Ha habido cuestionamientos acerca de la competencia —federal o estatal— para regular las reparaciones por violación de derechos humanos. En todo caso, conviene tomar en cuenta que las normas internas pueden fijar los términos de la reparación cuando las disposiciones violadas tienen fuente nacional. En cambio, el régimen de reparaciones con motivo de la violación de normas internacionales concierne al derecho internacional (específicamente al derecho internacional de los derechos humanos, en la vertiente que ahora interesa) y que, en consecuencia, el ordenamiento doméstico no podría imponer menoscabo ni condición a las disposiciones internacionales correspondientes a transgresiones de esta naturaleza. En este sentido se debe apreciar la última expresión, antes transcrita, contenida en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional: "en los términos que establezca la ley".

Por lo que toca al sistema de reparación, previsto en el orden interamericano de los derechos humanos, que ha cobrado fuerte presencia en la normativa y en la práctica de nuestro país, conviene tomar en cuenta que dicho sistema halla su fundamento en el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José, de 1969, incorporado en 1991 en la ley suprema de la Unión, en los términos del art. 133 constitucional. La CADH regula un amplio conjunto de temas: reconocimiento de derechos y libertades, obligaciones generales de los Estados y responsabilidad de estos (colectiva e individual), y garantías para la puntual observancia de ese catálogo de derechos y libertades: órganos de protección, procedimientos, medidas provisionales (cautelares jurisdiccionales) y reparaciones. Estas se hallan, pues, en el marco de las garantías provistas por la CADH.

Es bien sabido —y así lo ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete oficial de la Convención— que la materia de reparaciones por violación de esta —o de otros instrumentos internacionales— compete precisamente al derecho internacional, y que el ordenamiento nacional no puede, como antes mencioné, imponer modalidades o restricciones a un sistema que trasciende las fronteras domésticas. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce o instituye el derecho y la libertad del individuo (además de los reconocimientos provenientes de fuente nacional), estatuye el deber estatal de respetarlos (art. 1.1, CADH), previene la garantía de preservación (art. 1.1, CADH), regula la responsabilidad internacional, dispone las consecuencias derivadas de la violación de aquellos y rechaza los obstáculos de orden interno que un Estado pudiera invocar para desatender sus obligaciones internacionales. Por ende,

las reparaciones de fuente internacional deben ser consideradas en el doble marco de esa fuente, a saber: el instrumento internacional y la sentencia del órgano jurisdiccional, asimismo internacional (o supranacional) que dispone la condena del Estado y precisa la consecuencia correspondiente.

Se suele interrogar acerca del carácter de la obligación reparadora: ¿de medios o de resultados? La pregunta involucra cuestiones complejas y cubre abstenciones inaceptables. En rigor, se trata de un deber de medios, es decir, de aplicación de todos los medios al alcance del obligado (el Estado) para reparar debidamente el daño causado por el hecho ilícito. Es posible que surjan obstáculos insuperables que impidan arribar al resultado apetecido. Empero, es indispensable distinguir entre los escollos de hecho, a veces irremontables, y los de derecho, generalmente remontables, e impedir que se argumente imposibilidad de cumplimiento cuando solo existe indisposición política.

Fue largo y complejo el proceso de elaboración y adopción del actual art. 63.1 de la CADH. Inicialmente, los redactores de anteproyectos y textos conducentes al conocimiento y decisión de la Conferencia de 1969, que emitió la CADH, inspiraron sus propuestas en las disposiciones del Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950, que era el modelo a la vista y cuya aplicación había iniciado bajo las orientaciones de la Comisión y de la Corte Europeas de Derechos Humanos.

Ese modelo contiene una fórmula que resultaría insatisfactoria para los autores de la Convención Americana: "Si el tribunal (europeo) declara que ha habido violación del Convenio (de Roma, de 1950) o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa". Como se advierte, la fórmula europea carga el acento sobre la regulación reparatoria del Estado, y subsidiariamente (secundariamente) sobre la iniciativa del tribunal internacional. Además, todo el énfasis se deposita en la satisfacción del perjuicio ocasionado a la víctima.

Dicho perfil de la reparación no convenció a la Conferencia de San José, que acogió finalmente una propuesta formulada por la delegación de Guatemala, que hoy informa el art. 63.1: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención [agregaré: o en otros instrumentos que aplica el tribunal interamericano, dentro de su ámbito de competencia material], la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

De la fórmula acogida por la CADH se infiere el propósito de dar a las reparaciones mucho mayor alcance que el que literalmente se desprende del texto europeo, y la determinación de conceder al orden internacional, representado por la Corte Interamericana, una misión más diligente e intensa. El acento se pone en el orden internacional y las satisfacciones que este puede proveer, no en el orden interno y las insatisfacciones que pudieran caracteri-

zarlo. Atrás de esta fórmula militaban, sin duda, una dura experiencia y una moderada esperanza.

El aspecto más interesante, a juicio del autor de esta nota, del sistema interamericano de reparaciones —aspecto destacado por un importante sector de la doctrina internacional— es el énfasis que aquel pone en los factores estructurales de la violación. No se concentra solamente en el agravio inferido a la víctima y en la confrontación particularizada entre la norma internacional que se supone vulnerada y el hecho concreto que la vulneró. Va más allá: extiende la mirada hacia el contexto histórico y actual, y hacia las previsibles reiteraciones en el futuro cercano o distante. Aborda, pues, las fuentes de la violación y reclama medidas de prevención y no repetición que indudablemente desbordan el daño material o inmaterial causado a un sujeto particular, aunque no lo desconoce, ni omite atenderlo a través de indemnizaciones compensatorias y otras medidas —materiales o inmateriales— de satisfacción.

Este "proyecto social" de la reparación —si se permite decirlo de esta manera— caracteriza al régimen construido en relativamente poco tiempo, apenas tres décadas, por un número también relativamente reducido de sentencias con gran aptitud innovadora de signo progresista, invariablemente conducidas por el principio *pro homine* y atenidas, como no podía ni debía ser menos, por las circunstancias prevalecientes en el ámbito americano en el que se despliega la competencia contenciosa del tribunal supranacional.

Es muy amplio el conjunto de reparaciones (o consecuencias jurídicas del hecho ilícito, como insisto en decir) que ha elaborado la Corte Interamericana. Generalmente, esta invoca la que considera reparación perfecta o por antonomasia: la *restitutio in integrum*, postulada por una respetable doctrina y jurisprudencia internacional, pero prácticamente inalcanzable. Implica dar marcha atrás a las manecillas del reloj. Empero, la *restitutio* constituye un buen punto de referencia sobre el destino y el rumbo de muchas medidas de reparación: devolver las cosas al estado en el que se encontraban, o bien, a una situación aproximada a este, que desvanezca o mitigue el impacto del hecho ilícito y contribuya a la satisfacción de la víctima y de la sociedad.

Más acá de la *restitutio in integrum*, en el terreno de lo practicable y plausible, se hallan las medidas que implican una cierta garantía actual y futura de cesación y no repetición de las violaciones cometidas. El conocimiento de la verdad marcha en esta dirección; lo mismo, la selección y capacitación de los servidores públicos (particularmente en el campo de la prevención de delitos y la persecución criminal) para la debida observancia de los derechos humanos en el ámbito de su desempeño. Se trata, en suma, como se ha dicho en muchas sentencias, de que el Estado adopte una serie de medidas "con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso" (se lee en la sentencia del caso Trujillo Oroza, por ejemplo).

Obviamente, en el campo de las reparaciones figuran invariablemente las indemnizaciones por daños materiales o inmateriales (antes, morales) causados a la víctima. Este concepto ha contribuido significativamente a la reflexión misma acerca del concepto y la identidad de la víctima, expresión usual, a cambio de las escasas alusiones hechas a la noción de lesionado, que es la que utiliza, literalmente, la Convención Americana. En este mismo sec-

tor de correspondencias patrimoniales se localiza el tema de las costas y gastos, cuya cobertura resulta indispensable, habida cuenta de las complejidades y la natural onerosidad del procedimiento interno y externo que desemboca en una sentencia de condena, sin perjuicio de que la impartición de justicia sea gratuita en el ámbito interamericano y en el mexicano, por imperativo constitucional.

Referencia especial merece la reparación, siempre difícil y elusiva, al daño causado al "proyecto de vida", un concepto trabajado por la Corte IDH a partir del caso Loayza Tamayo, con penetrante reflexión, del que se ha dicho constituye "uno de los elementos más originales de la jurisprudencia interamericana que acredita una creatividad jurídica sin igual" (Bourgorgue-Larsen). Agreguemos al elenco de reparaciones las reformas normativas o las nuevas normas, frecuentemente ordenadas por la Corte IDH y efectivamente cumplidas por Estados destinatarios de este género de condenas, a menudo relacionadas con la tipificación o la sanción de conductas delictuosas, el debido proceso de adultos y menores de edad, y el reconocimiento de derechos ancestrales de comunidades indígenas. Igualmente, mencionemos el cumplimiento del deber de justicia (regularmente, justicia penal) en relación con los responsables de violaciones, lo mismo agentes formales del Estado que otros sujetos cuya conducta es imputable al Estado.

Al conjunto de reparaciones se añaden diversas formas de satisfacción que operan en relación con la víctima, desde luego, pero también con la sociedad y la justicia; así, la sentencia misma, que tiene eficacia como medida de satisfacción, el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, la atención médica y psicológica, la restitución de bienes, los programas específicos de desarrollo en el ámbito en el que se halla la víctima o con respecto a personas del grupo al que aquella pertenece, la emisión de ciertas políticas de Estado, los reconocimientos y homenajes, la asistencia vocacional y la educación especial, la difusión de derechos de determinados colectivos, la preservación de una cultura, la remoción de patrones sociales que favorecen violaciones (por ejemplo, patrones discriminatorios de menores de edad, indígenas, afrodescendientes y mujeres), etcétera. Todas estas medidas, y muchas más, conforman el amplio catálogo del régimen de reparaciones elaborado por la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del nuclear precepto 63.1 de la Convención Americana.

Sergio García Ramírez

Representación en los procesos constitucionales

La representación en juicio de derechos constitucionales es un tema diferente de la legitimación para obrar. Representar supone pensar en alguien distinto del afectado, que cuenta con facultades suficientes para pedir en nombre de aquel que tiene el derecho subjetivo.

En los procesos constitucionales, el tema de la representación tiene cierta inconsistencia o falta de armonía entre las legislaciones. Cada uno adopta particularidades que impiden formular precisiones etimológicas.

Lo mismo sucede con la exigencia de tener un abogado que permita defender con criterios jurídicos el derecho cuya protección se pide; este tipo de representación o patrocinio letrado no es uniforme en Latinoamérica, pues algunos facilitan el acceso de toda persona sin necesidad de sumar un profesional de derecho; mientras otros condicionan la admisión del petitorio a que la presentación venga firmada por un abogado.

Ahora bien, la representación individual tiene estos condicionantes, mientras que los derechos colectivos o difusos presentan una situación diversa, donde la cuestión anida en resolver quién puede tener la adecuada representación de los grupos o sectores.

a) *Representación del afectado*. En los procesos constitucionales no hay mayores problemas con este tema. El derecho individual se lleva a juicio cuando hay una afectación clara y directa que, en forma actual o inminente, lesiona, altera o restringe ese derecho, y por la importancia del mismo, la gravedad del hecho, la arbitrariedad de la conducta o el incumplimiento de leyes particulares, demanda la actuación del órgano jurisdiccional.

La diferencia de criterios puede estar en si ese individuo necesita o no de apoyo letrado, o se piensa que la función jurisdiccional está obligada a dispensar la tutela cuando hay derechos de esta raigambre.

b) *Representación del derecho colectivo*. La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de estar registrados en una base oficial establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, con el fin de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así, porque las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil. Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie*, acredita el grupo, puede asignársele un estatus jurídico suficiente por el cual consigue la calidad de parte.

Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, basta observar que cuando se permite que un comunero actúe en soledad, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos, en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta a la de los comuneros.

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subje-

tivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos.

c) *Personería de las asociaciones*. El otro aspecto a considerar es la representación que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente.

Se trata de verificar quién puede ser portador del mandato colectivo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos, explicando, además, cómo tal sujeto puede deducir en juicio no solo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar.

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (por ejemplo, colegios profesionales, sindicatos, etcétera); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (por ejemplo, las llamadas "uniones sin personalidad"); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

i) Grupos organizados con interés establecido estatutariamente. Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etcétera, responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal está prevista en sus estatutos, de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional.

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

ii) Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación. Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente carecen de representación colectiva.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (por ejemplo, Cámara de la Propiedad Horizontal, Federación de entidades mu-

nicipales, etcétera) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Solo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

iii) Grupos indeterminados con representación. Este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el conjunto de interesados.

A veces estos grupos se constituyen para resolver situaciones puntuales, por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro, de modo tal que la representación la adopta quien defiende el punto, aunque puede no ser afectado.

iv) Grupos indeterminados sin representación. El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que, arrogándose el interés del grupo al que pertenece, invocan esa participación para lograr personalidad procesal.

Existe la agrupación, pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo, pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al procedimiento.

d) *Formas de representación para los intereses colectivos*. En materia de intereses o derechos difusos, la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente indeterminada en un ente colectivo que evite consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la denomina "ente exponencial" y la americana *adecuacy of representation*.

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la adecuada representación de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica, y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.

La "representación adecuada" se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada: 1) que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia

letrada; 2) que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector.

Pero hay otro modo de analizar la personalidad que, evitando el estudio de la representación, pone el ojo en el "ente exponencial", pues supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada.

El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del "ente exponencial", no cuestionan ni contradicen la demanda planteada.

El grupo exponenciado es el sector protegido, y el ente exponencial, la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (por ejemplo, Liga de Defensa de los Derechos del Consumidor u otros similares), pues aunque esta puede investirse de representación suficiente y ser parte procesal al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda, en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular, pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* (derechos demasiado pequeños) permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

El problema que surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial, respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo).

Osvaldo A. Gozaíni

Responsabilidad constitucional

La "responsabilidad constitucional", como un tipo diferente de responsabilidad, por encima de cualquiera de las tradicionalmente reconocidas, tiene lugar frente a violaciones a la Constitución federal, derivadas, entre otras, del incumplimiento de resoluciones dictadas por la Suprema Corte. La separación del cargo es consecuencia inmediata y directa de la determinación de "responsabilidad constitucional", sin que pueda oponerse alguna especie de inmunidad o fuero.

La consignación ante un juez de Distrito se hace de manera directa por el tribunal constitucional, sin intermediación del Ministerio Público federal, y tiene como efecto el inicio de un proceso penal en el que, ya con intervención de este último, deberán respetarse las formalidades esenciales del procedimiento.

Los señalamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pueden ser variados por el juez de Distrito, es decir, la existencia del incumplimiento de una resolución dictada en una controversia constitucional y la determinación de responsabilidad constitucional derivado de dicho incumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez de Distrito emitirá un fallo con plenitud de jurisdicción respecto de la responsabilidad penal del consignado, distinta de la responsabilidad constitucional determinada de inicio por la Suprema Corte.

Tal responsabilidad es fruto de la naturaleza del poder en un orden republicano y del imperio del derecho para los gobernantes (racionalización o institucionalización del poder) en un Estado de derecho, y cristaliza como "justicia política", la que, al igual que la jurisdicción constitucional, importan una quiebra parcial y relativa del viejo principio-dogma de la separación de poderes.

Precisamente la responsabilidad constitucional se origina en infracciones de la Constitución, lo que la asemeja a la responsabilidad jurídica más que a la política si no fuere porque las infracciones de la Constitución son, por su naturaleza, ilícitas, que invitan a interpelaciones creativas o márgenes de libertad interpretativa de órganos políticos. La responsabilidad constitucional perseguida mediante el *impeachment* es un caso de justicia política en que la "justicia es reinterpretada y recreada continuamente" (Friedrich). En la justicia política podemos establecer tres sujetos: acusador, acusado y magistrado, que ha de zanjar la cuestión utilizándose la forma judicial por órganos políticos para expedir una decisión política.

En relación a este tipo de responsabilidad, el tribunal constitucional ha dado pasos firmes para construir un "derecho constitucional sancionador". Esta definición se refiere tanto a los procedimientos aplicables en supuestos de desobediencia a los mandamientos que emite el tribunal constitucional en el curso de la resolución de controversias y acciones de inconstitucionalidad, como a las consecuencias por "responsabilidad constitucional" y/o "responsabilidad penal" a las que se hacen acreedores los altos funcionarios públicos, cuando sus acciones encajan en dichos supuestos.

Derivado de la interpretación del texto constitucional, en el pleno de la Suprema Corte se ha determinado que la primera consecuencia por desobedecer un mandamiento emitido por el custodio de la Constitución trae consigo la remoción del cargo. Una vez aplicada dicha sanción por "responsabilidad constitucional", significa que el funcionario responsable ha dejado de gozar del fuero constitucional, pues este solo protege al parlamentario cuando es diputado en funciones por lo que, al dejar de serlo, cesa al mismo tiempo el fuero constitucional.

Por tanto, una vez aplicada la "responsabilidad constitucional" por la Suprema Corte queda abierta la vía para exigir la "responsabilidad penal", sin necesidad de solicitar al Congreso del estado que suspenda la inmunidad pro-

cesal penal del sujeto responsable de violación del mandamiento del máximo tribunal del país.

Una primera diferencia del procedimiento penal del "derecho constitucional sancionador" es que la Suprema Corte es la que directamente hace la consignación ante el juez del responsable de la falta constitucional, y no ante el Ministerio Público —que es lo usual—; sin embargo, cabe decir que este inicio del proceso directamente ante el juez y no ante el Ministerio Público lo encontramos en el derecho positivo, también para el caso de la inejecución de las sentencias de amparo.

Una segunda diferencia del procedimiento penal del derecho constitucional sancionador con respecto al ordinario, es que el juez de Distrito no tiene un margen tan amplio, como en un juicio ordinario, para determinar que efectivamente ha habido un quebranto al orden jurídico, y para establecer, en consecuencia, el probable responsable del mismo.

Por otra parte, el estudio específico de la responsabilidad constitucional del Gobierno (presidente de la República y ministros de Estado) exige contextualizar esta responsabilidad específica en el régimen político y forma de gobierno presidencialista, y en las tradiciones fundacionales del constitucionalismo moderno: estadounidense y francesa (Díez-Picazo). En un régimen presidencial o en uno presidencialista, no existe en rigor responsabilidad política directa del Gobierno, y control político parlamentario hasta sus últimas consecuencias, que se produce cuando "un detentador de poder tiene que dar cuenta a otro detentador de poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada" (Bidart-Carnota), y que irroga el cese del Gobierno a través de la censura o desconfianza, con todos sus resguardos fruto de su racionalización de posguerra.

La responsabilidad del Gobierno debe estar inserta en el sistema de responsabilidades del poder. La persecución de la responsabilidad penal de los gobernantes (responsabilidad constitucional) se organiza siguiendo tres modelos: judicial puro, tribunal especial y sistema legislativo (Pérez Serrano).

Esta "criminalidad gubernativa" (Díez-Picazo) responde en su modelo de organización y de sanción a específicas condiciones histórico-políticas, y que están en el debate desde los orígenes del constitucionalismo moderno, sin perjuicio de observarse en las repúblicas antiguas (Jellinek) y en el constitucionalismo antiguo (McIlwain) institutos destinados a exigir la responsabilidad de los cargos públicos, como el ostracismo, *graphéparanomon, provocatio ad populum, quaestiones perpetuae*, en la Antigüedad grecolatina, enderezados al "gobierno constitucional" entendido como "gobierno limitado".

El propio Maquiavelo, desde su inocultable republicanismo, en sus archiconocidos *Discursos*…, nos recuerda agudamente: "lo que hay de más indomable en un Estado republicano es el Poder Ejecutivo, que dispone de las fuerzas de la Nación".

En relación a estos modelos de "criminalidad gubernativa", podemos identificar verdaderas tradiciones en el constitucionalismo de los modernos; tradiciones en que se acoplan historia, política, cultura e ideologías.

Miguel Ángel Aguilar López

Responsabilidad patrimonial del Estado

La responsabilidad patrimonial del Estado se inserta dentro del derecho público de daños, el cual discute si la producción de un daño debe transferirse a la hacienda pública o quedarse en el patrimonio de la víctima que lo sufre. En general, la idea de que los entes del poder público deben responsabilizarse por los daños que ocasionan, es una idea relativamente contemporánea que se explora por vía legislativa, jurisprudencial y doctrinal a lo largo del siglo XX, principalmente en países como Francia, Alemania y España, cuyo impacto permea en Latinoamérica durante la primera década del siglo XXI, en países como Colombia y México.

Antes de esta fecha, y hasta la primera mitad del siglo XIX, se observa en los países de Europa una resistencia generalizada del poder público de someterse al derecho, derivada de la incapacidad del derecho civil para responder a las necesidades que planteaba la época; por muy defectuosa que fuera la prestación de los servicios públicos, la administración no respondía, pues se tenía arraigada la idea de que el príncipe estaba por encima del particular. De allí que, durante la segunda mitad del siglo XIX, surjan normas especiales para la administración pública, y para los daños que esta causa. No obstante, conviene señalar que en algunos países, como Italia y Alemania, el instituto de la responsabilidad patrimonial opera conforme al régimen resarcitorio de su Código Civil.

Así, históricamente se ha transitado de una irresponsabilidad absoluta de la administración a una responsabilidad casi absoluta, y especialmente, de una responsabilidad subsidiaria y subjetiva, que implicaba demostrar la negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño; y a una responsabilidad objetiva y directa, en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por el Estado, por lo que puede demandarlo directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado.

Al mismo tiempo, a la sazón del desarrollo judicial del derecho de daños, se ha ido incrementando, por un lado, el rango resarcible: de la reparación exclusiva del daño patrimonial a la reparación de cada vez más perjuicios morales; y por otro, los sujetos públicos obligados: de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la responsabilidad del Estado-juez, del Estado-legislador y del Estado-tribunal constitucional.

Naturalmente, corresponde al legislador determinar el grado en que responderá el Estado, los entes públicos responsables y el rango resarcible de daños. Por regla general, las administraciones públicas deben responder de toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En México, por ejemplo, pese a que la ley de la materia reconoce que las tres esferas del poder público son sujetos que pueden generar responsabilidad patrimonial, esta solo deriva de actividades administrativas irregulares.

De manera general, el derecho a la responsabilidad patrimonial se desprende de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la propiedad, a la vida y a la integridad física. De manera específica, algunos regímenes (como el

español) reconocen dos formas básicas de tutela. Por un lado, la tutela restitutoria, que restituye el derecho cuando se condena a la anulación del acto que causa el daño y, por otro, la tutela resarcitoria, que implica una garantía indemnizatoria frente al daño producido. En este sentido, la responsabilidad patrimonial cumple un ideal de justicia conmutativa o justicia correctiva, pues no previene, ni sanciona, sino que corrige.

Por último, los presupuestos para que se actualice la responsabilidad objetiva de la administración son: 1) un daño o hecho lesivo de la administración; es decir, un perjuicio real personal y directo que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una o varias personas; 2) un nexo causal; de modo que la causa del daño sea la actividad de la administración pública o, en su acepción más amplia, del Estado, y 3) un título de imputación, es decir, que la causa del daño pueda ser atribuida a la administración por tratarse de un acto o comportamiento producido en el contexto de un servicio de titularidad pública.

Israel Santos Flores

Responsabilidad penal

El vocablo responsabilidad implica una connotación muy amplia; de tal manera que se hace necesario precisar sus alcances; genéricamente implica asumir las consecuencias de todos los actos que el individuo realiza en forma consciente e intencionada. Constituye uno de los valores humanos más importantes, que emerge de la capacidad humana de elegir entre diferentes opciones, y actuar, conforme a la libre voluntad, de la cual resulta la obligación de asumir todas aquellas consecuencias que de esos actos deriven.

Así, la conjugación gramatical "responsabilidad penal" significa la consecuencia jurídica de la violación de la ley por una persona, y frente a la anterior, depende de que esa violación sea descubierta y probada. Es la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen al individuo cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de este, implica entonces, la sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido.

Este tipo de responsabilidad la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intenta su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Se actualiza cuando el agente activo ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal.

La responsabilidad penal no solo tiene relación con las consecuencias de nuestros actos, sino que también está asociada a los principios, a aquellos antecedentes a partir de los cuales el hombre toma las motivaciones para ejercer la libre voluntad y actúa. Conforme al principio de intervención mínima, el ámbito penal debe tener un carácter residual, es decir, intervenir únicamente ante hechos muy graves, y cuando hayan fracasado los demás mecanismos de protección.

El derecho penal, expresión de la potestad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*), tiene por finalidad salvaguardar los bienes más valiosos y esenciales

para el mantenimiento de un orden social determinado y, por tanto, castigar aquellos comportamientos que resultan particularmente lesivos para el mismo. En este sentido, la responsabilidad penal no es tanto un instrumento ordinario de regulación de la convivencia, cuanto el instrumento último al que acude el Estado, cuando los demás mecanismos normativos se revelan insuficientes. Consecuentemente debe decirse, no todas las infracciones de normas jurídicas dan lugar a responsabilidad penal; es decir, como se deduce de algunos preceptos del derecho penal, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico, antijurídico, no acarrea de manera automática la imposición de una pena al autor de ese hecho.

Luego, para hablar de responsabilidad penal se exige la realización de una conducta que debe ser típica, antijurídica y culpable, además que la pena sea necesaria. En efecto, para la imposición de una sanción, *principal consecuencia jurídico-penal del delito*, no es suficiente con la comisión del hecho típico y antijurídico, pues existen determinados casos en los que el autor de aquel queda exento de responsabilidad, lo que demuestra que junto a la tipicidad y antijuridicidad debe darse una tercera categoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena, esa categoría es la culpabilidad: precisamente esta es el presupuesto más importante de la responsabilidad penal (Roxin), a la cual debe añadirse la necesidad preventiva de la pena, la que se concibe como una exigencia adicional a los elementos del hecho punible.

El examen de la culpabilidad significa que se cuestiona si un hecho puede serle reprochado personalmente al autor (a título personal). En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a derecho (Jescheck, H. Heinrich), lo cual supone no culpablemente, en cuanto se puede invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contravención del deber.

Así, la idea central de las causas de exculpación se ve en la inexigibilidad, que permite distinguir de las causas de justificación y de las de exclusión de la punibilidad. Freudenthal desarrolló una causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad, cuando "a la no realización del hecho punible le hubiese pertenecido una tal medida de resistencia que a nadie normalmente se le puede exigir, entonces falta con el poder el reproche y con el reproche, la culpabilidad, siendo esto, la inexigibilidad".

A partir de estas ideas se concibe que la culpabilidad, como elemento esencial de la responsabilidad, consista en el reproche que se formula al autor del hecho injusto por haberlo realizado, cuando, conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, podría haberse motivado por cumplir la norma. En consecuencia, la responsabilidad penal supone una valoración negativa que se formula al autor por no haber observado una conducta conforme a derecho.

De ahí que se conciben como elementos de la culpabilidad a: *la imputabilidad*, entendida como capacidad de conocimiento y capacidad de motivación, que es el presupuesto existencial de la reprochabilidad; *la cognoscibilidad* de la específica ilicitud del hecho humano, del alcance y la relevancia jurídico-penal de la conducta; y la no concurrencia de alguna causa de *no exigibilidad*

de otra conducta, como estado de necesidad disculpante o exculpante, cuando se sacrifican bienes de igual valía, ante la imposibilidad de salvarlos a todos.

Como tema relevante acerca de la responsabilidad penal, Mir Puig sostuvo que en el derecho penal el delito debe ser obra del ser humano, no se debe a razones ontológicas, ni a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión del derecho positivo. De tal manera, históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en tanto no puede cometer delitos por sí misma (y hay muchas penas que no puede cumplir). Este principio está reflejado en la expresión latina: *societas delinquere non potest*. Sin embargo, existirían algunos delitos que pueden ser cometidos desde una persona jurídica, y que incluso pueden realizarse únicamente en beneficio de la misma (fraude, robo, estafa, apropiación indebida, delitos fiscales, etcétera). En esos casos, se ha entendido que el responsable penal sería la persona física que toma las decisiones.

La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas provoca numerosas cuestiones controvertidas cuyo esclarecimiento resulta esencial. Basada en los delitos cometidos por administradores, representantes y hasta empleados de las entidades con personalidad jurídica, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que el modelo seguido es un sistema indirecto o de atribución, en suma, de heterorresponsabilidad. Sin embargo, desde el prisma constitucional y de los principios penales fundamentales, no hay duda de que toda responsabilidad penal debe erigirse sobre un hecho injusto (y culpable) propio, por lo que los esfuerzos doctrinales dirigidos a la búsqueda de una adecuada fundamentación en esta línea se encuentran plenamente justificados.

Miguel Ángel Aguilar López

Responsabilidad penal individual a nivel internacional

La responsabilidad penal individual a nivel internacional se refiere a la represión del daño antijurídico en contra del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, causada por una persona determinada, la cual por su gravedad, propia de la naturaleza de los crímenes, es sancionada en el ámbito del derecho internacional.

En ausencia de acción estatal para sancionar ciertos delitos cometidos dentro de su ámbito espacial de competencia, ya sea por falta de capacidad o por falta de voluntad política, se han creado instancias internacionales facultadas para sancionar y someter a juicio a aquellos responsables de las más graves crímenes (véase la voz crímenes internacionales).

La responsabilidad penal a nivel internacional es el principal objeto de estudio del derecho penal internacional, la cual constituye una especialidad dentro del derecho internacional público, por lo que cuenta con las mismas fuentes, es decir los tratados y acuerdos internacionales, normas de derecho internacional consuetudinario, jurisprudencia de los tribunales internacionales y principios generales del derecho.

El desarrollo del concepto y alcances de la responsabilidad penal individual a nivel internacional es relativamente nuevo en la escena mundial. Ha sido desarrollado como consecuencia directa de los conflictos armados que han marcado a la comunidad internacional por su gravedad durante el siglo XX, y en especial, durante los últimos sesenta años, periodo en el que se ha logrado la consolidación del concepto de responsabilidad del individuo como sujeto de las normas de derecho internacional.

Al concluir la Primera Guerra Mundial, se creó la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones con la finalidad de sancionar al káiser Guillermo II, por su responsabilidad en la comisión "de un delito de suma gravedad contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados" (art. 227 de los Tratados de Versalles de 28 de junio de 1919). Sin embargo, nunca llegó a concretarse la creación de un tribunal, debido a que se le otorgó asilo en el reino de los Países Bajos y nunca se logró su extradición.

La Segunda Guerra Mundial y los graves crímenes cometidos por el régimen nazi de 1939 a 1945 marcaron el inicio del desarrollo de una doctrina sobre la responsabilidad penal internacional. Mediante el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, las potencias aliadas establecieron el estatuto del Tribunal Militar Internacional para juzgar a los criminales de guerra alemanes. En dicho documento se estableció la responsabilidad penal individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en violación al derecho internacional. De manera paralela, aunque con una estructura distinta, se creó el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente con la finalidad de sancionar a aquellos responsables de los más graves crímenes durante la guerra en el Pacífico.

Independientemente de las críticas que tales tribunales recibieron en su momento, por ser considerados una forma de venganza por parte de las potencias vencedoras en un conflicto armado, dichos tribunales constituyen el primer paso para la aceptación del individuo como responsable ante la comunidad internacional por la comisión de crímenes de extrema gravedad, lo cual queda demostrado con la expedición de los principios del Tribunal de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los cuales establecieron como principio que "toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción".

Con la creación de tribunales *ad-hoc* para la persecución de los delitos cometidos en el conflicto armado en la antigua Yugoslavia y el genocidio de Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, se logró la consolidación y aceptación de la posibilidad de que órganos compuestos de manera internacional cuenten con la atribución de juzgar a individuos por crímenes graves contra el derecho internacional.

El concepto de responsabilidad penal individual ha sido incorporado en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad-hoc*, híbridos y de la Corte Penal Internacional, en los que se ha reafirmado no solo la responsabilidad individual, sino que ha sido regulada de manera detallada, estableciendo

las diferentes formas que puede adoptar la responsabilidad penal internacional del individuo.

El art. 7o. del Estatuto del Tribunal para Yugoslavia, el cual fue reproducido con posterioridad en el art. 6o. del Estatuto del Tribunal para Ruanda, establece que toda persona que haya planeado, instigado, ordenado, ejecutado o de cualquier otra manera ayudado a realizar cualquiera de dichas conductas, será responsable penalmente, considerando que la realización de la conducta en cumplimiento de una orden no es excluyente de responsabilidad. Igualmente establece la responsabilidad penal del superior jerárquico, no solo por emitir una orden para la comisión de un crimen internacional, sino por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir que un subordinado cometiera un crimen cuando conociera dicha intención o tuviera razones para saber que se cometería.

Es importante resaltar también que dicho Estatuto establece de manera expresa que el hecho de ser jefe de Estado o de Gobierno no exime la responsabilidad penal a nivel internacional del individuo o atenuará la pena.

La jurisprudencia de dichos tribunales *ad-hoc* ha desarrollado una forma distinta a la establecida de manera expresa en sus estatutos, al interpretar que aquellas personas que contribuyen a la comisión de crímenes en ejecución de una empresa criminal común deberán ser sujetas a responsabilidad penal bajo la modalidad de comisión de un delito.

De acuerdo a la Sala de Apelaciones del Tribunal *ad-hoc* para Yugoslavia, en la resolución del caso Tadic, existen tres categorías en las que puede materializarse una empresa criminal común. La primera comprende aquellos casos en que todos los individuos actúan conforme a un plan común o al menos participan de manera voluntaria en la elaboración de una parte del plan y poseen la misma intención criminal. La segunda categoría, mejor conocida como la empresa criminal común del campo de concentración, es muy similar a la primera; sin embargo, es necesario que los crímenes sean cometidos por miembros de las autoridades militares o administrativas como los que administran un campo de concentración. Por último, la tercera categoría implica la comisión de una conducta delictiva por parte de un individuo que no formaba parte de la empresa criminal común, no obstante, dicha conducta era una consecuencia natural y previsible del propósito del plan.

El art. 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma actualmente contiene una regulación detallada de la responsabilidad penal individual. Establece como formas de responsabilidad, ya sea individual o colectiva, las de ordenar, proponer, intentar, inducir, facilitar o contribuir intencionalmente a la comisión por un grupo de personas, así como instigar directa y públicamente a cometer el crimen de genocidio. Es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional no reconoce la teoría de empresa criminal común desarrollada por el Tribunal para la exYugoslavia.

Ricardo Sánchez Pérez del Pozo

Responsabilidad política

Conceptualizar la frase "responsabilidad política" implica considerar que el control y la limitación del poder no siempre han sido temas centrales de preocupación; sin embargo, es necesario atender que todo poder tiende al desbordamiento, y el poder político acredita esas tendencias. Así, la responsabilidad política constituye un instrumento de limitación y control de poder, junto con el clásico mecanismo de *checks and balances* y el prioritario control de legalidad.

Hay que ubicar el concepto de responsabilidad política en el contexto de los diversos niveles de responsabilidad que entrañan las acciones políticas. Hay una responsabilidad personal por los propios actos; hay una responsabilidad institucional, si esa persona encarna o forma parte integrante de una institución; hay una responsabilidad legal, si esos actos violan normas legales (esa responsabilidad le es reclamada a la persona), y hay una responsabilidad política, que es la que tiene todo actor político respecto de todo lo que ocurre en su área de poder directo, aunque no haya intervenido directamente en ello. Es una responsabilidad-fusible, que se ubica generalmente debajo de la cúspide del poder y arriba de las estructuras de ejecución.

Solo en casos muy graves afecta a la cúspide, porque el sistema privilegia la estabilidad del mando supremo y descarga, en lo posible, la responsabilidad política sobre las primeras líneas de las jerarquías de implementación. La ejecución de la responsabilidad política, en caso de error, generalmente se asume mediante la renuncia al cargo, y puede tener consecuencias sobre la carrera política posterior.

La responsabilidad tiene dos caras: una *intersubjetiva*, que es la obligación del representante frente a sus electores por sus actos como tal; y otra *funcional*, en cuanto se supone que quien acepta postularse como representante está en condiciones de ofrecer un adecuado nivel de prestación, en términos de eficiencia y capacidad, es decir, una conducta "responsable", confiada en último término a su "ciencia y conciencia" (D. Fisichella, 1990).

Sin embargo, tenemos una responsabilidad política, porque la política, por definición, se refiere al orden correcto de la sociedad para el bien común.

Es perfectamente conforme con la naturaleza humana que se constituyan estructuras político-jurídicas que ofrezcan a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna y con perfección creciente, posibilidades efectivas de tomar parte libre y activa en la fijación de los fundamentos jurídicos de la comunidad política, en el gobierno, en la determinación de los campos de acción y de los límites de las diferentes instituciones, y en la elección de los gobernantes. Recordemos, por tanto, que todos los ciudadanos tienen el derecho y al mismo tiempo el deber de votar con libertad para promover el bien común.

El bien común requiere, entre otras cosas, que los derechos humanos y los principios morales sean respetados, y entre estos derechos y principios está el derecho a la vida. Sin el respeto a estos derechos y principios, la sociedad se convertirá en un caos y se destruirá a sí misma.

La responsabilidad política consiste en la imposición de sanciones, cuya naturaleza es precisamente política, a los gobernantes por el modo en que

estos ejercen el poder político. Esta definición, puramente convencional, suscita de inmediato dos interrogantes: primero, ¿en qué consisten las sanciones y quién las impone?; segundo, ¿cuál es la fuerza vinculante de esas sanciones? Para responder la primera de estas cuestiones, hay que observar cómo la responsabilidad política puede ser, al menos, de dos tipos: difusa e institucional.

La responsabilidad política difusa está ínsita en el concepto mismo de democracia. Estriba en el juicio negativo que los ciudadanos pueden dar a la actuación de los gobernantes, y se manifiesta, ante todo, en un estado de la opinión pública. Cuando este juicio negativo se refiere a cargos públicos electivos (diputados, senadores, concejales, etcétera), la responsabilidad política puede traducirse, además, en un determinado comportamiento electoral: sancionar a la persona que se reputa políticamente responsable, no votándola en la siguiente elección. Se dice que esta forma de responsabilidad política es difusa, por dos razones: porque la sanción no es impuesta por alguien en concreto, sino por la generalidad de los ciudadanos, y además, porque la sanción consiste en una mera opinión negativa que, solo eventualmente, puede tener repercusiones en sede electoral.

Puesto que es expresión del peso de la opinión pública, la responsabilidad política difusa existe en todos los sistemas políticos democráticos. Además, en su sentido amplio de mero juicio negativo por parte de la opinión pública, la responsabilidad política difusa afecta a todos cuantos ocupan algún cargo público, incluso de naturaleza no electiva; y ello, porque la libertad de crítica acerca del modo en que se conducen los asuntos públicos es una de las características fundamentales de la democracia. Esta última observación es importante porque abarca no solo a los poderes Legislativo y Ejecutivo, sino también al Poder Judicial, cuya función no tiene una naturaleza primariamente política. Cuando se afirma la libertad de disentir en público de las resoluciones judiciales, en el fondo se está sosteniendo que ni siquiera la actuación de los tribunales, al menos en aquellas de sus facetas con relevancia política, está exenta de valoración crítica por parte de la opinión pública.

La responsabilidad política institucional, en cambio, consiste en la posibilidad de que un órgano del Estado repruebe el modo en que otro órgano del Estado ejerce sus funciones y provoque, en su caso, el cese o la dimisión del titular de este último. El esquema arquetípico de la responsabilidad política institucional viene dado por un órgano ejecutivo que depende de la confianza de una asamblea. Así, por ejemplo, hay exigencia de responsabilidad política institucional cuando el Parlamento retira su confianza al Gobierno, forzándole a dimitir. El retiro de dicha confianza puede producirse mediante distintos mecanismos institucionales, que varían de un país a otro, tales como la moción de censura, la cuestión de confianza, etcétera.

Lo que importa subrayar aquí es que, a diferencia de la responsabilidad política difusa, la responsabilidad política institucional no constituye una característica necesaria de todos los sistemas políticos democráticos. Hoy en día, estos suelen clasificarse en dos grandes formas de gobierno: parlamentarismo y presidencialismo. Pues bien, la diferencia última entre ellas estriba en que solo en la forma parlamentaria de gobierno existe una genuina responsabili-

dad política institucional. Es más, la responsabilidad política institucional es la piedra angular de la organización y el funcionamiento del parlamentarismo. En la forma presidencial de gobierno, por el contrario, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo emanan directamente del electorado, ante el que son autónomamente responsables, y de este modo, no conocen otra forma de responsabilidad política que la difusa.

Para afrontar el problema de la fuerza vinculante de las sanciones políticas, es preciso observar, ante todo, cómo la idea de responsabilidad suele aplicarse en los ámbitos de la moral y del derecho. Así, la responsabilidad puede ser moral o jurídica, dependiendo de la naturaleza de las normas que la regulan y del tipo de sanciones que lleva aparejada.

Miguel Ángel Aguilar López

Restricciones constitucionales a los derechos humanos. Algunos elementos de identificación e interpretación

Cabe aclarar que la presente voz tiene sentido en ordenamientos jurídicos en los que no se tenga claridad sobre las relaciones entre las fuentes de origen interno e internacional en materia de derechos humanos, por ejemplo, en los que en lugar de atender el principio *pro persona* a cabalidad, para concluir que no se imponen unas sobre otras sino que es debido armonizarlas para promover siempre la mayor protección de las personas, y en todo caso darle preferencia a las disposiciones que resulten más garantistas de los derechos, todavía se considera que el principio de jerarquía dota a la Constitución nacional de una posición prevalente que complejiza la búsqueda de los estándares más favorables, y hasta puede generar que una restricción constitucional a los derechos humanos impere por sobre una norma contenida en una fuente internacional que sea más benéfica.

En ese contexto, como elemento de análisis general debiera considerarse que si se ha aceptado pacíficamente que la inmensa mayoría de los derechos humanos no son absolutos, en materia de restricciones a los mismos, tampoco puede imponerse esa caracterización. En otras palabras, no puede haber restricciones absolutas para esos derechos, sino que, por el contrario, toda restricción a ellos debe ser analizada caso por caso a través de una ponderación, para asegurarse que resulte lo más benéfico para las personas, bajo la lógica del principio *pro persona*.

Un segundo elemento consiste en que no se puede equiparar a una restricción de derechos con la falta de previsión o incompleto desarrollo de los contenidos de los propios derechos humanos. En ese sentido, si en un texto constitucional no se mencionan todos los alcances de un derecho, de forma alguna puede interpretarse dicha circunstancia como una restricción. En cada supuesto de los anteriores, que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales sirven para completar los contenidos de los derechos de que se trate. Postular lo contrario equivaldría a cerrar el desarrollo de los derechos humanos únicamente a lo fijado en las normas constitucionales, una alternativa que no debiera aceptarse para interpretar

cualquier Constitución, toda vez que en materia de derechos humanos se establecen estándares mínimos, no máximos.

Un tercer elemento radica en no confundir las restricciones a los derechos con la delimitación de sus contenidos. Facilita la comprensión de esta cuestión tener en mente algún ordenamiento jurídico en el que, por ejemplo, la libertad de trabajo, de industria o el derecho a la propiedad, no sean excusa para explotar a otras personas, dedicarse a actividades ilícitas o actuar sin miramientos con el cuidado al medio ambiente, o bien, en el que la libertad de expresión no pueda pretextarse para hacer comentarios racistas o discriminatorios en contra de personas o de colectivos. Bajo ese entendimiento, no es posible tener por actualizada alguna restricción constitucional a los derechos, cuando se evita que se abuse de ellos.

Un cuarto elemento reside en no fundar las restricciones a los derechos en los preceptos que establecen facultades a las autoridades, en tanto sus atribuciones no pueden leerse como una posibilidad implícita para limitar derechos, sino todo lo contrario, lo que resulta debido es ajustar los alcances de sus competencias al respeto de los derechos humanos. De esta forma, por ejemplo, si se faculta a una autoridad administrativa a imponer un trabajo en favor de la comunidad como sanción por alguna infracción a un reglamento gubernativo, ello solo puede ser posible si se acepta voluntariamente por la persona sancionada, ya que existe un derecho humano de que a nadie se le obligue a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, salvo que sea una pena impuesta por una autoridad judicial.

Un quinto elemento, ya no de identificación sino de interpretación, consiste en que una vez precisada, una vez ubicada alguna restricción a los derechos propiamente dicha, siempre la misma debe ser interpretada de la manera más acotada posible, reduciendo sus alcances a la mínima expresión, con el fin de observar el principio *pro persona*, el cual tiene como una vertiente no extender de más tales restricciones.

Como sexto elemento de análisis general habrá que reparar en la importancia que tendrían cláusulas constitucionales sobre restricciones a derechos humanos que expresen que solamente en el texto de la propia Constitución se fijarán los casos y las condiciones en los que sea posible restringir o suspender el ejercicio de aquellos derechos, puesto que con una redacción como esa se garantizaría que ninguna otra fuente normativa, distinta a la Constitución, conservara la posibilidad de menoscabar u obstaculizar el disfrute de los derechos humanos, en razón de que se obligaría a que toda restricción posea un soporte constitucional expreso. Es decir, que sin este fundamento constitucional expreso, sin mención en los artículos constitucionales de los casos y las condiciones para que opere alguna restricción a los derechos humanos, no es posible que se avalen reenvíos a la legislación secundaria para que en ella se limiten esos derechos, en tanto que la responsabilidad que se confía al poder legislador es que desarrolle los contenidos de los derechos, pero nunca que los restrinja, si no lo hace la propia Constitución.

En consecuencia, si las restricciones a los derechos solo pueden preverse en el texto constitucional, como séptimo elemento de análisis general también debe ponerse de manifiesto que en la práctica totalidad de los casos se

contrapondrán con otras disposiciones constitucionales que reconozcan derechos, sin que aquellas puedan prevalecer en automático como si se tratara de una excepción o una cláusula especial a una regla general, al menos en los ordenamientos jurídicos en los que su Constitución general no dote de mayor fuerza normativa a algunas de sus disposiciones sobre las demás, ni contenga precepto alguno que claramente instituya jerarquías diferenciadas entre los artículos que la componen.

En ese sentido, si desde la Constitución las cláusulas sobre restricciones a los derechos humanos no poseen la fuerza normativa suficiente para imponerse de modo absoluto y en automático a otros preceptos que reconozcan derechos, como octavo elemento se deriva la necesidad de llevar a cabo un juicio de ponderación, en el que caso a caso se busque lo que resulte más favorable para las personas.

Lo anterior se vincula estrechamente con un noveno elemento, en el sentido de que el fundamento que debe justificar a toda restricción a los derechos humanos es precisamente la garantía de otros derechos humanos de las demás personas, pues solamente esta fórmula es consistente con el principio *pro persona*. De otra manera, no habría restricción que pudiera aprobar un test de proporcionalidad, razonabilidad o necesidad, pues si con ella no se buscara proteger a las personas, sino a las autoridades o a los poderes de facto, resultaría excesiva e injustificada.

En adición, como un décimo elemento a considerar, debe afirmarse que en los ordenamientos jurídicos en los que el entendimiento del respeto irrestricto al texto constitucional conduzca a postular que ninguna de sus disposiciones puede ser ignorada o desaplicada, aunque contenga una restricción a los derechos humanos que introduzca un estándar menos favorable que el que pueda desprenderse de fuentes de origen internacional en la materia; de todos modos queda abierta la posibilidad para que los preceptos constitucionales sean *interpretados conforme* a esa normatividad sobre derechos humanos de fuente internacional imperante.

A partir de lo cual, como un último elemento, conviene recordar que el tema de las restricciones a los derechos humanos ha sido explorado y desarrollado en sede internacional desde hace bastante tiempo. De ese acervo queda claro que si toda restricción, para que tenga oportunidad de estar justificada, requiere estar prevista en ley, y resultar necesaria para asegurar otros fines legítimos, la revisión de ambos extremos conduce irremediablemente a la ponderación caso a caso, y nunca a una prevalencia en automático. No obstante, como los criterios originados en sede internacional precisan ajustarse para velar que resulten los más benéficos, ahí donde la normativa de fuente interna haya elevado el estándar de ambos elementos mencionados, tiene que estarse a ella, por lo cual no bastará con que las restricciones se encuentren previstas en ley, sino que deberá exigirse una especie de principio de reserva de Constitución, en tanto que solamente los preceptos constitucionales pueden fijar los casos y las condiciones en las que operen aquellas, además de que únicamente quedarán justificadas por el aseguramiento, no de cualquier fin legítimo o bien constitucionalmente tutelado, sino exclusivamente resultarán necesarias,

razonables o proporcionales aquellas restricciones que tengan por objeto la protección más favorable para las personas.

En definitiva, bajo esta óptica se honraría la cuestión del diálogo jurisprudencial, que no puede ser unidireccional, sino que sirve de puente de doble sentido para que las cortes constitucionales, y cualesquiera juzgados y tribunales nacionales, eleven los estándares desarrollados en sedes internacionales, teniendo por meta la mejor salvaguarda de los derechos humanos de las personas, y para que los garantes internacionales adopten esas pautas reforzadas, ya que también ellos deben de proceder bajo el principio *pro persona*.

Luis Miguel Cano López
Graciela Rodríguez Manzo

Retroactividad de la jurisprudencia

Cuando se hace referencia al término "jurisprudencia" en el sistema jurídico mexicano, este adquiere una dimensión particular, pues en términos generales se entiende como el conjunto de criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales facultados para ello, que vinculan a otros órganos encargados de la impartición de justicia.

La jurisprudencia se puede conformar bajo cuatro sistemas: por reiteración, contradicción, sustitución y por razón fundada; y la base de la jurisprudencia se encuentra justamente en las sentencias de las que derivan los criterios obligatorios.

Como toda figura jurídica, la jurisprudencia tiene ciertas reglas, las cuales se encuentran vinculadas a su publicidad, obligatoriedad, retroactividad, aclaración, interrupción, modificación y sustitución; y se dirigen a la adecuada conformación y aplicación de la misma en los casos sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales.

En lo que interesa, la retroactividad de la jurisprudencia puede tener distintos significados, ello en atención a la perspectiva desde la que se aborde. En las siguientes líneas se hace referencia brevemente al alcance de esta regla.

a) *Irretroactividad de la jurisprudencia en relación con la norma que interpreta*. En la jurisprudencia se refleja la interpretación de la norma vigente en la época de los hechos.

No obstante, es posible que los hechos acontezcan de forma previa a la publicación de la norma, y por ende de la aprobación de la jurisprudencia; en este sentido, la nueva disposición, y por consecuencia la jurisprudencia que la interpreta, no pueden ser aplicadas de forma retroactiva en perjuicio de persona alguna, de conformidad con lo establecido por el art. 14, párrafo primero, de la Constitución de México.

Lo anterior se fortalece con motivo de lo dispuesto en el art. 217, párrafo cuarto, de la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, que establece que la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Es importante destacar que esta regla vincula directamente a la jurisprudencia con la vigencia de la norma, en el entendido de que la jurisprudencia

es obligatoria, únicamente cuando la norma que interpreta es aplicable al caso concreto.

b) *La aplicación de la jurisprudencia no viola la irretroactividad de la ley*. Si bien la jurisprudencia es la interpretación obligatoria de la ley, y se expresa en términos abstractos, en modo alguno puede equipararse a la propia ley, y por ende considerarse que su aplicación es retroactiva.

Lo anterior se advierte claramente cuando se presentan los siguientes momentos de forma sucesiva: el primero relativo a la aprobación de una ley, el segundo consistente en la actualización de los hechos que han de ser subsumidos en esta ley, y el tercero, posterior a los dos anteriores, relativo a la conformación de la jurisprudencia con motivo de otros juicios o de la resolución de una contradicción de tesis, derivado de la interpretación de esa ley.

De esta forma, el hecho de que una jurisprudencia se conforme con posterioridad a la actualización de los hechos que dan origen a un caso, ello no implica que no sea aplicable, o que su aplicación sea retroactiva en perjuicio de una parte, pues la aplicación retroactiva únicamente puede valorarse a la luz de la vigencia de la propia ley, y si esta última es anterior a los hechos, sin duda la jurisprudencia es vinculante, pues la misma es la interpretación obligatoria de la ley.

c) *La conformación de una jurisprudencia por contradicción no tiene efectos retroactivos en los asuntos que se resolvieron de forma previa*. La naturaleza de la jurisprudencia radica en el establecimiento de pautas interpretativas dirigidas a casos futuros, no así de ser un recurso sobre asuntos ya concluidos en los que se haya aplicado la norma que se interpreta.

En consonancia con lo anterior, en el art. 226, párrafo tercero, de la Ley de Amparo, se establece que la resolución que decida la contradicción de tesis no afectará las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se hayan dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

Como se puede advertir, la retroactividad de la jurisprudencia tiene características particulares que se deben analizar bajo una óptica determinada, y en todo caso no se debe perder de vista que la jurisprudencia en última instancia representa un criterio vinculante, y su aplicación se encuentra estrechamente vinculada a la de la norma jurídica.

Mauricio Lara Guadarrama

S



Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (El Salvador)

En el diseño que la Constitución salvadoreña (Cn) ha hecho del sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad conviven, por una parte, la potestad judicial de inaplicabilidad (art. 185 Cn), que supone la pervivencia de un instrumento del modelo difuso de control de constitucionalidad) y, por otra parte, la atribución de conocimiento y decisión de determinados procesos constitucionales a un ente especializado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ) en lo que constituye expresión del modelo concentrado de control constitucional.

Con relación al régimen constitucional y legal de la SCn/CSJ cabe hacer mención a los siguientes aspectos: *a*) ubicación en la estructura estatal y, en concreto, su integración en el órgano judicial; *b*) integración del tribunal; *c*) nombramiento del presidente; *d*) periodo en el cargo y renovación periódica; *e*) legitimación parlamentaria; *f*) estatuto de los magistrados; *g*) destitución de magistrados, y *h*) competencias.

A. La SCn/CSJ es parte integrante de la Corte Suprema de Justicia (inciso primero del art. 174 Cn), ubicación en la organización estatal de la que cabe derivar: *a*) se trata de un órgano constitucional, en el sentido que recibe directamente de la Constitución su estatus, conformación y competencias; *b*) es una entidad jurisdiccional y, por lo tanto, independiente, ya que ningún otro órgano puede ni debe interferir en sus funciones específicas; *c*) es un tribunal permanente y especializado; *d*) está organizacionalmente integrada en la CSJ, pero posee autonomía jurisdiccional, y, por consiguiente, tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las actuaciones de las restantes salas de la CSJ y aún del Pleno de la CSJ, y *e*) no posee autonomía reglamentaria, administrativa o presupuestaria. En razón de tales caracteres, la SCn/CSJ se autocalifica como "auténtico Tribunal Constitucional" (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

B. La SCn/CSJ está integrada por cinco magistrados propietarios y, además, por cinco magistrados suplentes (inciso primero del art. 12 de la Ley Orgánica Judicial). Todos los integrantes de la SCn/CSJ son designados, única y exclusivamente y de modo expreso, por la Asamblea Legislativa (art. 174 Cn), por lo que ningún otro magistrado de la CSJ puede integrar, ni de forma temporal, la SCn/CSJ (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

C. Uno de los magistrados de la SCn/CSJ es designado, por la Asamblea Legislativa y para un periodo de tres años, presidente de dicha Sala, con lo que además ocupa los cargos de presidente de la CSJ y del Órgano Judicial (arts. 173 y 174 Cn).

D. El periodo del cargo de los magistrados de la SCn/CSJ es de 9 años, al igual que el resto de magistrados de la CSJ (inciso segundo del art. 186 Cn), y está autorizada la posibilidad de reelección inmediata. Ahora bien, la designación como magistrado de la SCn/CSJ implica que el designado integra dicha Sala por todo el periodo (9 años), sin que exista posibilidad válida de traslado, remoción o desplazamiento hacia otra sala de la CSJ (véase

sentencia de las 15 horas del 5 de junio de 2012, en el proceso de inconstitucionalidad 19-2012)

E. Los magistrados de la SCN/CSJ, no obstante su calidad de juzgadores, son elegidos, tanto en su calidad de magistrados de la CSJ como en su calidad de integrantes de la SCn/CSJ, por la Asamblea Legislativa, mediante votación pública y nominal y por mayoría calificada de dos tercios del número de diputados (inciso segundo del art. 186 Cn). Esto significa que la legitimación parlamentaria y, por ende, en forma indirecta, democrática, de los magistrados de la SCn/CSJ es por partida doble: *a*) los magistrados de la SCn/CSJ, como integrantes de la CSJ, son elegidos por la Asamblea Legislativa, y *b*) la Asamblea Legislativa designa específicamente a los integrantes de la SCn/CSJ.

F. Tres aspectos determinan el estatuto de los magistrados de la SCn/CSJ: *a*) requisitos o condiciones de elegibilidad; *b*) inhabilidades e incompatibilidades, y *c*) privilegios constitucionales. Los requisitos para ser magistrados de la SCn/CSJ no se diferencian de los requisitos de magistrado de la CSJ (art. 176 Cn), los que se esquematizan así: *a*) nacionalidad, en tanto debe ser salvadoreño por nacimiento; *b*) edad, en el sentido que debe ser mayor de 40 años; *c*) estado seglar, esto es, no perteneciente al clero; *d*) formación jurídica, debiendo ser "abogado de la República"; *e*) prestigio, al que se refiere la Constitución con la genérica frase "de moralidad y competencia notorias"; *f*) experiencia en el ámbito jurídico, sea a través del ejercicio de la judicatura (6 años en tribunal de segunda instancia o 9 años en tribunal de primera instancia), sea mediante un lapso mínimo (10 años) de contar con la autorización para el ejercicio de la abogacía, y *g*) conservación de los derechos de ciudadanía, al menos en los 6 años previos al inicio del desempeño del cargo de magistrado.

La Constitución sólo prevé una inhabilidad de carácter familiar para acceder al cargo de magistrado de la SCn/CSJ, ya que no pueden ser magistrados los cónyuges ni parientes entre sí (art. 178 Cn); pero consagra una serie de incompatibilidades de carácter profesional o funcionarial: *a*) no pueden ser candidatos a diputados (art. 127 núm. 1 Cn); *b*) es incompatible con la calidad de funcionario de los otros órganos del Estado (art. 188 Cn); *c*) es incompatible con el ejercicio de la abogacía o del notariado (art. 188 Cn), y *d*) el presidente de la SCn/CSJ no puede ser candidato a presidente de la República (art. 152 núm. 1 Cn).

Existen dos privilegios constitucionales conferidos a los titulares de las magistraturas de la CSJ: *a*) antejuicio ante la Asamblea Legislativa ante el cometimiento de delitos (inciso primero del art. 236 Cn), y *b*) fuero procesal, en tanto su procesamiento no corresponde a la jurisdicción común, sino que se atribuye a tribunales de mayor jerarquía judicial (inciso segundo del art. 236 Cn).

G. La Asamblea Legislativa está constitucionalmente autorizada, por mayoría calificada de dos tercios, a destituir a los magistrados de la CSJ (inciso primero del art. 186 Cn), sin excluir de tal supuesto a los integrantes de la SCn/CSJ, por lo que, definitivamente, la Asamblea Legislativa cuenta con la potestad de destituir a los magistrados de la SCn/CSJ, pero solo por causas "previamente establecidas por la ley", las que hasta hoy día no han sido determinadas por el legislador.

H. En esencia, las competencias de la SCn/CSJ se refieren al conocimiento y decisión (la mayoría, en exclusiva) de los procesos constitucionales, que en el sistema procesal constitucional son, en esencia: *a*) proceso de inconstitucionalidad, con legitimación ciudadana y con decisión de efectos generales y obligatorios (art. 183 Cn); *b*) proceso de amparo, para la protección de los derechos constitucionales (inciso primero del art. 247 Cn); *c*) hábeas corpus, instrumento procesal para la protección de la libertad personal y la dignidad de las personas detenidas (inciso segundo del art. 11 Cn e inciso segundo del art. 247 Cn), y *d*) controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo en el proceso de formación de ley (art. 138 Cn).

Enrique Anaya

Sentencia-Ley

Las clasificaciones de las sentencias dependen de factores subjetivos, ya que siguen la elección de los artífices de las clasificaciones; objetivos, como en particular los procedimientos seguidos por los tribunales, y finalmente, como es natural, lingüísticos.

"Sentencia-ley" representa una expresión tal vez utilizada para aludir a sentencias que tienen un grado elevado de creatividad.

Según la *communis opinio*, de índole elevadamente constructiva —por tanto no solo "negativa"— es la diversa tipología de pronunciamientos, mediante los cuales los tribunales no se limitan a expulsar del ordenamiento normas inconstitucionales, sino que añaden nuevas normativas. Las técnicas que verifican esta tendencia son de lo más variado, y la intensidad "creativa" de los pronunciamientos es distinta según los casos.

Sin embargo, el carácter normativo de las sentencias constitucionales estimatorias —que es evidente cada vez que el órgano competente esté habilitado para escribir en la parte dispositiva enunciados o fragmentos de enunciados— se aprecia también en los fallos de inconstitucionalidad puros y simples. En tal caso, en efecto, la eliminación de una parte del discurso del legislador o de las normas que de él se recaban, por un lado, determina un vacío (nadie duda que también ello represente una "norma", aunque sea negativa); por otro lado, *crea* derecho, en el sentido de que a ese vacío se transfieren las normas aplicables por analogía o aquellas extraídas de los principios generales del derecho. En otras circunstancias, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición que enuncia una facultad o un derecho introduce (o puede introducir) una prohibición; aquélla que elimina tal prohibición u obligación introduce (o puede introducir) una facultad o un derecho.

Incluso una pura y simple decisión de nulidad contiene un *quid* de innovación. El problema no es, por tanto, la "cualidad" de las sentencias, sino la "cantidad" de actividad creadora. En consecuencia, no habría razón alguna por la cual la jurisprudencia constitucional no pudiese crear también estas nuevas categorías de pronunciamientos. En los Estados Unidos y en Europa puede suceder que el juez declare la inconstitucionalidad de una disposición legal "en la parte en la que *no* prevé algo" (sentencias "aditivas"), o incluso

en la parte en la que se prevé una cosa *en lugar de* otra (sentencias "manipulativas"), o —sobre todo en los sistemas de *common law*— que simplemente el tribunal establezca él mismo la regulación de una determinada materia, partiendo del caso expuesto, pero vinculando, en consecuencia, a todos los poderes públicos y privados (como por ejemplo, en el famoso caso *Roe vs. Wade* en el tema de aborto).

Tanto la jurisprudencia, en una primera fase, como, en tiempos más recientes, las Constituciones y las leyes, han elaborado modelos intermedios y nuevos tipos de pronunciamientos. La doctrina de los diversos países las denomina, según los casos, decisiones "parciales", "interpretativas", "adicionales", "manipulativas", "optativas", "intermedias", "monitorias", "de principio", "atípicas", entre otras.

A pesar de todo, observamos un doble fenómeno. Por un lado, los tribunales tienen que enfrentarse a una auténtica avalancha de cuestiones que tienen que examinar, de modo que —como le sucede al legislador— pocos temas "sociales" escapan a su apreciación: *de iure*, o *de facto*, ellos eligen qué temas van a analizar en sustancia. Por otro lado, los tribunales constitucionales son los únicos jueces que determinan el significado de las expresiones para las cuales el legislador constituyente u ordinario prohíbe el "control político", decidir una "cuestión política", contestar "elecciones discrecionales del legislador" o similares: expresiones, que solo en teoría contribuyen a establecer una barrera *jurídica* a su control. Actúan, por tanto, como órganos de cierre, jueces *in causa propria* y en cuanto tal habilitados para asignar un significado restrictivo o extensivo, según su propia valoración, a tales expresiones.

Hay que hacer una precisión: la expresión "sentencia-norma" sería más correcta que "sentencia-ley", si no fuera porque debemos entender la palabra "ley" como equivalente de "norma jurídica". Se plantea de hecho el problema de la fuerza, del rango de las sentencias estimatorias y, en particular, de las sentencias dotadas de un grado elevado de creatividad.

En la República Federal Alemana, el art. 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional otorga "fuerza de ley" a algunas de las decisiones asumidas por el *Bundesverfassungsgericht*: estando los jueces sujetos a la ley, se deduce que están vinculados también a las interpretaciones hechas en el pronunciamiento judicial. En España, el art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha reconocido explícitamente el valor jurídico de la *ratio decidendi*, disponiendo que la jurisprudencia de los tribunales debe entenderse modificada por la *ratio* de las sentencias emitidas por el mismo Tribunal Constitucional al resolver los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Véase también el ordenamiento lituano. En otros ordenamientos de control concentrado, la jurisprudencia de los propios tribunales se ha preocupado de obtener *de facto* resultados análogos, de forma que basándose en sus propios precedentes han logrado doblegar la resistencia de otros poderes del Estado. Así ha sucedido, por ejemplo, en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha declarado en esencia que sus propias sentencias tienen fuerza de ley. Se deduce de diversas afirmaciones. Por ejemplo, aquellas contenidas en la sentencia 40/1979, en la cual la *Corte* ha sostenido que la relación entre la disposición modificada por una sentencia estimatoria y aquella sucesivamente adoptada da lugar a situaciones de abrogación, que

el juez ordinario ha de conocer, o en la sentencia 13/1981, donde ha negado que "la sentencia estimatoria de la *Corte* atribuya a la norma parcialmente anulada, autoridad *superior* a la fuerza propia de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley ordinaria".

Otorgar fuerza de ley a las sentencias significa autorizar al legislador aprobar una ley que "abrogue" —por decirlo así— la normativa resultante de la sentencia del tribunal constitucional, en virtud del principio de inagotabilidad del Poder Legislativo, parecería, por tanto, que la misma idea del control de constitucionalidad podría vaciarse de contenido.

La incongruencia es solo aparente: la solución alternativa —conferir a los fallos fuerza de ley constitucional— equivaldría a cristalizarlos para siempre, o al menos hasta que se produjera una revisión de la Constitución. Hay que precisar que, en algún caso, las Constituciones optan por esta segunda fórmula, o al menos establecen la prohibición al legislador de reproducir las disposiciones declaradas inconstitucionales, como en Colombia —limitadamente a la "sustancia"— y en Chile.

Acerca del carácter de "fuente" de las sentencias creativas, siendo conocido por todos que en los ordenamientos del *common law* el precedente judicial se considera fuente del derecho y siendo pacífica la idea según la cual nunca pueden ser consideradas como tales las decisiones asumidas por los tribunales constitucionales en sede de control preventivo de las leyes (o de otros actos normativos), observamos cómo —a pesar de autorizadas opiniones contrarias— parece preferible la tesis de que también en los sistemas de *civil law* deban incluirse como fuente del derecho las sentencias de los tribunales constitucionales con eficacia *erga omnes*. Independientemente del modo en que se configure o venga denominado el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo vigente (y por tanto la abrogación o la anulación), el resultado alcanzado es precisamente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico, pero también el de introducir otras nuevas.

Nos preguntamos, además, si también allí donde no opera el principio del precedente, pueden ser incluidas entre las fuentes del derecho las motivaciones de las decisiones constitucionales, y en particular la *ratio decidendi* de las mismas; la duda se plantea esencialmente con la República Federal Alemana, donde el *Bundesverfassungsgericht* impone a todos los poderes públicos "las concepciones jurídicas... en materia de derecho constitucional" por él manifestadas, y en España, en orden a la doctrina legal del Tribunal Constitucional, a la luz de lo dispuesto en el art. 161.1, a), constitucional, y al vínculo de la jurisprudencia que se derivaría de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional. Este fenómeno, sin embargo, se da también en otros ordenamientos, como en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha sostenido que las propias sentencias de inconstitucionalidad se deben interpretar a la luz del vigente sistema legislativo. Se recuerda, a este propósito, que con frecuencia los fallos remiten a la motivación.

Para excluir el carácter de fuente de la *ratio decidendi*, en los ordenamientos de *civil law*, no basta la afirmación de que no vincula ni siquiera al mismo tribunal constitucional que la ha elaborado: característica común a casi todas

las fuentes, efectivamente, es también la inagotabilidad que las acompaña, y el poder de modificarla del órgano que las ha elaborado, salvo distinta prescripción de una fuente superior.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Sentencias aditivas

Se trata de aquellas sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de una disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas. La inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma, o bien —desde otro punto de vista, o en otros supuestos— dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal.

La definición ahora expresada se refiere al supuesto más frecuente de sentencia aditiva de estimación, que declara la inconstitucionalidad, pero en ciertos casos podría producirse el mismo efecto extensivo con una sentencia interpretativa de desestimación. Por ello la definición más adecuada sería la que entiende por sentencias aditivas aquellas, dictadas en un procedimiento de inconstitucionalidad, que, *sin afectar al texto de la disposición impugnada, producen un efecto de extensión o ampliación de su contenido normativo, señalando que dicho contenido debe incluir algo que el texto de la disposición no prevé*.

La definición utilizada recoge los elementos esenciales de una sentencia aditiva: 1) pronunciarse sobre un texto al que —según el Tribunal— le falta "algo" para ser conforme con la Constitución; 2) no incidir sobre el texto de la disposición impugnada; 3) producir un efecto de extensión o ampliación sobre el contenido normativo del precepto impugnado, si bien este efecto puede producirse por vías muy diferentes en los distintos supuestos de sentencias aditivas.

El supuesto más frecuente de fallo de una sentencia aditiva, y que buena parte de la doctrina considera como el único, es aquel en el que el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto "en la parte en que" no prevé, incluye o contiene "algo".

Si bien el concepto de aditividad podría entenderse en sentido "textual" o en sentido normativo, en puridad dicho efecto se produce solamente sobre la norma. El texto queda inalterado. Es cierto que, como ha expresado Crisafulli ("La Corte costituzionale ha vent´anni", en N. Occhiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padua, 1984), por efecto de las sentencias aditivas "la norma expresada por el texto debe leerse como comprensiva también de *algo* que, ilegítimamente, no estaba previsto". Pero ese "debe leerse" no implica que el texto quede alterado o añadido, sino que su contenido normativo se entenderá ampliado en el sentido señalado por el Tribunal.

Esta es una de las claves para pronunciarse sobre la legitimidad de este tipo de decisiones. Si el efecto aditivo se produce solo sobre el contenido normativo,

y es consecuencia directa de la inconstitucionalidad de una omisión o de una norma implícita excluyente, estas decisiones se entenderán como parte de la actividad legítima del Tribunal, que se habría limitado a declarar la inconstitucionalidad parcial de dicha norma; en cambio, si se entiende que proceden directa y abiertamente a añadir algo a un precepto legal, parece que serían decisiones ilegítimas al convertir al Tribunal en legislador positivo. Por supuesto, en cada caso habrá que analizar la técnica utilizada y si el resultado normativo es admisible desde el punto de vista de la preservación de la ley y de la posición del Tribunal, y en particular si el contenido normativo resultante es el único posible a la luz de la Constitución. De lo contrario, procedería decantarse por otras técnicas como la inconstitucionalidad sin nulidad, y/o el otorgamiento de un plazo al legislador para que adecue la norma inconstitucional a la norma suprema. En cualquier caso, no conviene olvidar que se trata de un instrumento muy delicado cuyo uso debería ser excepcional.

Francisco Javier Díaz Revorio

Sentencias aditivas de principio

La jurisdicción constitucional ha empleado diversidad de efectos sentenciadores al momento de dictar sus fallos, rompiendo el esquema tradicional del efecto "estimatorio" o "desestimatorio" de la sentencia, lo que ha generado que la doctrina denomine a aquellas sentencias que no permanecen en los estrictos márgenes apuntados como: "sentencias atípicas". En este sentido, José Julio Fernández Rodríguez las entiende como: "Las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional, sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas". Por su parte, Nogueira Alcalá, las entiende como los pronunciamientos que: "A través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, que a la vez eviten el vacío normativo".

La crítica es que el órgano de control constitucional se excede en sus atribuciones al expedir este tipo de sentencias, pues asume una función de un órgano legislativo lo que desnaturaliza la función jurisdiccional.

A través de las "sentencias atípicas", los órganos encargados de la jurisdicción constitucional no se limitan a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sometidas al juicio constitucional, sino que establecen lineamientos, disposiciones o sentidos interpretativos de obligatorio cumplimiento, con el objeto de evitar que el vacío jurídico (*horror vacui*) originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada genere una afectación mayor al orden constitucional.

La justificación es la de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. Parten de la base de distinguir entre "disposición" y

"norma", entendiendo a la disposición como el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal, y la norma es el contenido normativo, es decir, el significado o interpretación que se extrae de la disposición.

Las sentencias constitucionales toman en cuenta tres principios rectores de la justicia constitucional: el de presunción de constitucionalidad, el de conservación de la ley y el de interpretación conforme con la Constitución, y en efecto, se clasifican en sentencias interpretativas, manipulativas o normativas, y a su vez se agrupan a las sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas, de mera incompatibilidad y exhortativas.

Respecto de las sentencias aditivas es posible definirlas como aquellas en donde el órgano de control determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, en virtud que la ley no prevé o incluye algo que debería estar previsto, así el juez constitucional procede a ampliar su contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

Este tipo de sentencias tienen su origen en la reacción de la Corte Constitucional italiana frente al incumplimiento por parte del legislador de sus exhortaciones para introducir modificaciones a la legislación en los casos en que el tribunal así lo sugería.

Existen diferencias respecto de una aditiva "clásica" y la aditiva de principio. En el primer caso, frente a una omisión en la disposición que se considera inconstitucional, el Tribunal subsana el vacío "mediante una norma que integra a la disposición, de manera que una vez que la disposición sale del juicio constitucional, la integración normativa practicada en la sentencia es plenamente aplicable". Así, la sentencia aditiva declara la inconstitucionalidad de una disposición o parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo "en la parte en la que no prevé" o "excluye", que era necesario que se previera para ser conforme a la Constitución. Así, el órgano de control declara la inconstitucionalidad de una norma implícita de exclusión (esto es, un sentido interpretativo) de carácter restrictivo o negativo, y al hacerlo, crea otra norma (sentido interpretativo), de significado opuesto (extensivo o positivo), que adiciona a la disposición, de manera que después del juicio de constitucionalidad al cual está sujeto, la disposición resulta alterada tanto en su formulación lingüística como en sus significados interpretativos.

En las sentencias aditivas de principio, la omisión considerada inconstitucional no viene precisada de modo particular, pues la Corte considera que existe una pluralidad de formas u opciones con las cuales la laguna podría ser suplida, correspondiendo su elección, por tanto, al legislador, lo que convierte al juez constitucional en respetuoso de la función legislativa. Sin embargo, ello no impide que la Corte destaque, de manera general, un principio que el legislador deberá tener en cuenta al momento de integrar legislativamente la disposición en aquello que se ha considerado inconstitucionalmente omitido.

Al respecto, el profesor Carlo Magno Salcedo destaca la sentencia 109/1986 de la Corte Constitucional italiana que expresa: "Una decisión aditiva es consentida, como *ius receptum*, solo cuando la solución adecuadora no

sea el fruto de una evaluación discrecional, sino consecuencia necesaria del juicio de constitucionalidad, en el que la Corte proceda, en realidad, a realizar una extensión lógicamente necesitada e implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el cual se inserta la disposición impugnada. En cambio, cuando se adviertan una pluralidad de soluciones, derivadas de varias posibles evaluaciones, la intervención de la Corte no es admisible, *correspondiendo la relativa elección únicamente al legislador*". Lo que evidencia que una sentencia aditiva de principio, otorga al legislador la opción de elegir la o las interpretaciones válidas de la disposición combatida.

Así, en la "sentencia aditiva de principio", como sucede en las sentencias aditivas clásicas, se declara inconstitucional una disposición por lo que no prevé, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas, sino principios, a los que el legislador deberá dar actuación con disposiciones que tengan alcances *erga omnes*. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos el órgano de control indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y dictar los principios en los cuales el mismo legislador se debe inspirar, de este modo se combina en el mismo instrumento decisional el contenido de una verdadera sentencia aditiva con una sentencia "de delegación", alcanzando a conciliar la inmediatez de la estimación (*accoglimento*) con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador.

Finalmente en el caso de inercia del legislador a cumplir la decisión judicial, correspondería a los jueces dar aplicación directa a los principios generados por el Tribunal Constitucional con efectos en concreto e *inter partes*.

José Ricardo Carrazco Mayorga

Sentencias aditivas prestacionales

Los derechos fundamentales de naturaleza prestacional se convierten en obligaciones de los poderes constituidos para dar eficacia a sus mandamientos, para lo cual, deben ser interpretados en un marco de estado social, en el que la Constitución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos para su efectivo disfrute.

Los derechos prestacionales que sin estar concebidos como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos.

Ante ello, un órgano de control constitucional al dictar un fallo en el que tenga que pronunciarse respecto de una omisión legislativa por falta de reglas que precisen el disfrute de derechos prestacionales, es dable recurrir a la emisión de una sentencia aditiva, que extienda a sujetos no contemplados en la disposición (omisión parcial), los beneficios en ella previstos, como los casos en los que una sentencia amplía para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas. Las consideraciones de la igualdad sustancial no bastan y se requiere además el concurso de la igualdad formal, la que proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo, y con ello la justificación de la pretensión del derecho fundamental.

La sentencia aditiva prestacional plantea problemas tanto desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador y el juez constitucional, como desde la perspectiva de la articulación de la igualdad en forma de prestaciones. Lo primero porque, como es obvio, las "adiciones" o manipulaciones, convierten al juez constitucional en un legislador positivo y segundo, porque el Tribunal es un órgano poco idóneo o casi imposibilitado para establecer las estructuras administrativas, los procedimientos y las variadas modalidades que exigen o admiten los derechos prestacionales. Con todo, si las sentencias aditivas prestacionales son posibles, es porque resultan también posibles pretensiones basadas en la igualdad material.

La concurrencia es una razón de igualdad formal, es el fundamento de las sentencias aditivas prestacionales, viene a poner de relieve que en esos supuestos se construye una posición acreedora por parte de un sujeto en virtud de su discriminación formal y no solo de su desigualdad material; por ejemplo, si se concede cierta pensión no es porque se tenga un derecho fundamental a recibirla, sino más bien porque se ostenta un derecho fundamental a no ser discriminado.

Cuando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo una materia propia de la esfera del legislador, ya que en muchos casos, para el debido disfrute de un derecho prestacional, es indispensable la creación de toda una estructura administrativa, producto de políticas públicas que hagan efectivos los derechos sociales, que en sí mismos, resultan de difícil concesión. Por tanto, se complica para el juez constitucional aunque no es imposible, el dictado de una sentencias aditiva en materia de derechos prestacionales, en la que proveería ante la falta de regulación integral para el ejercicio de un derecho prestacional, la forma del disfrute y goce del derecho fundamental, sin embargo se corre el riesgo que el órgano de control constitucional asuma una función legislativa, pues ejercería una potestad discrecional, de naturaleza política, que dentro de los ordenamientos constitucionales modernos corresponde ejercitar de manera exclusiva a los parlamentos.

En ese sentido, el pronunciamiento de efectos aditivos prestacionales, suele generarse en el campo de los derechos sociales, en el que se pide al órgano de control constitucional un pronunciamiento que haga surgir para los poderes públicos una obligación de prestación. Tales sentencias suponen un ulterior problema de efectos financieros, es decir, de la cobertura de los costos que comportan, pues "toda ley que determine nuevos gastos debe indicar los medios para hacerles frente"; por lo que el efecto sentenciador debe estar provisto de la cobertura financiera respectiva. Las sentencias aditivas vendrían excepcionalmente a condenar al cumplimiento de un derecho sin el previo respaldo financiero consignado en una norma, en este caso, si bien se resuelve un problema de constitucionalidad al otorgar un disfrute de un derecho humano, se crea al mismo tiempo otro, la falta de contemplación presupuestal para cubrir el costo del derecho fundamental.

Legislar sobre derechos prestacionales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que solo los órganos políticos del Estado están en capacidad técnica de realizar, además de los únicos legitimados para

ello dentro de un Estado democrático de derecho, lo que lo hace difícil para que el juez constitucional en una sentencia provea para la protección de un derecho prestacional, sin embargo, una de las medidas posibles ante el dictado de una sentencia aditiva prestacional, es conceder el disfrute de un derecho a cargo del Estado, indicando las medidas presupuestarias de las que puede echar mano para su cumplimiento, aunado a que un efecto sería que corriera a cargo del Estado el gasto generado para el disfrute del derecho fundamental, con la obligación de contemplar el gasto erogado en la siguiente iniciativa presupuestal gubernamental.

José Ricardo Carrazco Mayorga

Sentencias constitucionales atípicas

Las sentencias pronunciadas por los tribunales, cortes o salas constitucionales tienen una importancia y complejidad mayúscula, sobre todo, si se tiene en cuenta que dichas decisiones, además de realizar una labor interpretativa de los valores, reglas y principios constitucionales que determinan el contenido de las normas secundarias, también poseen una elevada trascendencia de carácter político (Ángel Garrorena Morales, 1981), en especial porque conllevan un juicio de la obra del legislador democrático. Es esta complejidad inherente a toda sentencia constitucional, y la necesidad de dar respuesta a específicas exigencias de carácter práctico, lo que originó, y sigue originando, que los órganos jurisdiccionales de control constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, no se limiten a utilizar la rígida alternativa estimación-desestimación, sino que recurran a diversos tipos de pronunciamientos atípicos que introducen efectos y alcances especiales en la parte resolutiva o en la motivación de la sentencia.

Si se comienza por establecer conceptualmente el significado de la locución sentencias atípicas, se hace imprescindible la delimitación semántica de dicho término. Para ello, hay que indicar que el adjetivo "atípico (ca)" significa, en su primera acepción proporcionada por el Diccionario de la Lengua Española: "Que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos". También es posible poner de relieve que este vocablo es empleado como sinónimo de "irregular", "diferente", "distinto", "especial", "extraño", "raro", "infrecuente", "variable".

Centrándonos en el término sentencias atípicas, el mismo ha sido empleado por parte de la doctrina para hacer referencia a las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas (José Julio Fernández Rodríguez, 2007). Otros han entendido que a través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, y que a la vez eviten el vacío normativo (Humberto Nogueira Alcalá, 2004). Hay quienes han utili-

zado este término para hacer alusión a las diversas técnicas que modulan, de alguna forma, la declaración pura y simple de inconstitucionalidad (Joaquín Brage Camazano, 2005). No ha faltado quien se refiere a estas sentencias señalando que tratan de resolver, en la medida de lo posible, la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema, o bien si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde o no con la Constitución, deba preferirse siempre la del primer grupo (Néstor Pedro Sagüés, 2002). También se ha incluido dentro de esta tipología de sentencias a las que implican una retroactividad atemperada, es decir, a los fallos que, si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adoptan una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la Constitución, pero no lo declara formalmente, y también se ha incluido a otro tipo de sentencias, como las *exhortativas* y *normativas*, que realizan una creciente labor creadora de normas (Iván Escobar Fornos, 2008).

Lo que interesa señalar, con independencia de la utilidad teórica que cada una de las citadas propuestas pueda tener, es que no es fácil identificar el *idem sentire* que la doctrina adscribe al término *sentencia atípica*, ya que, como se puede observar los autores suelen incluir dentro de esta categoría diferentes elementos (en parte análogos, en parte diversos) que, según ellos, son esenciales para delimitar la cobertura y contenido de este tipo de pronunciamientos.

Ante la dificultad apenas expuesta, y tomando en consideración las características que se repiten como esenciales en este tipo de decisiones, se empleará la denominación *sentencias atípicas* para hacer referencia a aquellas sentencias que, *a contrario sensu*, son diferentes a las consideradas tradicionales o clásicas, es decir, los pronunciamientos que son diferentes al supuesto elemental de sentencias constitucionales ideado por Hans Kelsen en su estudio *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* publicado en 1928: las sentencias estimatorias y desestimatorias puras y simples. Pero haciendo una concretización más acuciosa del término, diremos que esta denominación sirve para reflejar también que nos encontramos ante una serie de sentencias que, por lo regular, no tienen una base legal explícita (Francisco Caamaño Domínguez, 2000). En cambio, no utilizamos dicha denominación para indicar que la utilización de estas sentencias sea algo raro o escaso por parte de los tribunales constitucionales, ya que es evidente que algunos de estos órganos han hecho un uso constante y continuado de tales decisiones, hasta un punto en el que los pronunciamientos atípicos se han convertido en típicos, como sucedió con la Corte Constitucional italiana que en algunos años de la década de los ochenta pronunció más sentencias de tipo manipulativo que de estimación o desestimación pura y simple.

Una de las ventajas que se desprenden del término sentencias atípicas es que con él es posible incluir —entre muchas otras— sentencias en las que los tribunales constitucionales *determinan* qué significados (normas) son constitucionales y cuáles deben rechazarse; *modifican* el contenido normativo de la disposición impugnada (reduciéndolo, adicionándolo o sustituyéndolo por otro) para que ésta sea acorde con la ley fundamental; *recomiendan* al legislador las adecuaciones que tiene que realizar para que la norma secundaria sea

reputada como conforme con la Constitución; *armonizan* los elementos (disposiciones constitucionales y secundarias) que confluyen en un sistema jurídico y *declaran* la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero *sin expulsarlo* definitivamente del ordenamiento jurídico. Todas estas modalidades sentenciadoras obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común que a través de ellas se incorpora algo *nuevo* a la comprensión que se tenía de la disposición o disposiciones impugnadas hasta antes de la respectiva sentencia (Giovanni A. Figueroa Mejía, 2011).

Por otra parte, se han propuesto numerosas clasificaciones y denominaciones para hacer alusión a las sentencias atípicas. Así, se ha hablado de sentencias interpretativas (Francisco Javier Díaz Revorio, 2001) decisiones interpretativas (Louis Favoreau, 1997; Héctor López Bofill, 2004), fallos interpretativos (Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, 1991), sentencias intermedias (Aljs Vignudelli, 1988) o sentencias modulatorias (José Antonio Rivera Santivañez, 2004), por mencionar algunas.

Cada una de estas propuestas doctrinales tiene su núcleo de verdad, al ser entendidas como nuevas perspectivas de conocimiento del fenómeno de las sentencias atípicas. Sin embargo, esta falta de uniformidad lexical en las categorías antes aludidas incita a cuestionarnos si el término sentencias atípicas puede utilizarse de forma indistinta o intercambiable con esas otras denominaciones, sobre todo, si se tiene en cuenta que no existe un acuerdo absoluto respecto de la *ratio* de cobertura y contenido de estas clasificaciones.

La respuesta que se puede dar a tal planteamiento es que no puede existir tal equivalencia con relación a todas ellas, pues aunque el elemento que permite conceptuar a todas estas denominaciones parte de la idea común de que con ellas se suele hacer referencia a aquellas sentencias que escapan a la formulación tradicional (ya señalada) entre estimación y desestimación pura y simple; sin embargo, ello no implica que se pueda hablar en todos los casos de una semejanza entre dicha variedad terminológica y las sentencias atípicas.

De la terminología expuesta hay que hacer una distinción entre las denominaciones que pueden quedar incluidas unas dentro de otras, y las denominaciones que, a pesar de referirse al mismo fenómeno, tienen una terminología distinta. En el primer supuesto, nos encontramos ante lo que podríamos llamar una fusión por absorción. Dicha fusión surge en el caso en que una denominación solo sirve para especificar otra, por ejemplo, las sentencias interpretativas son todas sentencias intermedias, pero además son modulatorias; o bien, desde otra perspectiva, los fallos interpretativos quedan comprendidos dentro de la clasificación de las sentencias interpretativas, así como dentro de las decisiones interpretativas. Estas dos, a su vez, quedan incluidas en la categoría más general de las sentencias atípicas. En el segundo supuesto, estamos ante un intercambio terminológico que podríamos llamar fusión por intercalación, por ejemplo, el caso de las sentencias intermedias, modulatorias y atípicas, que sin tener igual identidad nominal son utilizadas para aludir a un mismo o muy similar fenómeno tipológico de sentencias. Por tanto, las sentencias atípicas serán calificadas como el género y las sentencias interpretativas, las decisiones interpretativas y los fallos interpretativos como una especie de dichas sentencias. En cambio, los términos sentencias modulatorias y sentencias intermedias pue-

de ser utilizados como sinónimos de sentencias atípicas. Esto es porque los diversos tipos de pronunciamientos atípicos modulan de alguna forma los efectos de las sentencias constitucionales y son intermedios entre la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad pura y simple.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Sentencias interpretativas

Por sentencias interpretativas suele entenderse un tipo de sentencias recaídas en los procedimientos sobre la constitucionalidad de las normas, que se sitúan en un término medio entre las sentencias desestimatorias y las plenamente estimatorias, ya que sin afectar al texto de la disposición impugnada, de alguna manera afectan a la interpretación del mismo. Se trata de una categoría de creación doctrinal y jurisprudencial, cuyo origen se encuentra en Italia, pero que se ha extendido a la práctica totalidad de los sistemas de justicia constitucional. Esta misma circunstancia hace que sea muy difícil precisar sus contornos y llevar a cabo una definición universalmente válida de sentencias interpretativas. La terminología para referirse a esta categoría, a otras muy similares, o a subcategorías que forman parte de las sentencias interpretativas, es muy variada. A título de ejemplo, la doctrina ha hablado de sentencias condicionales (*condizionali*), interpretativas de desestimación, o de estimación (*interpretative di rigetto o di accoglimento*), correctoras (*correttive*), adecuadoras (*adeguatrice*), manipuladoras (*manipulative*), creativas (*creative*), integrativas (*integrative*), sustitutivas (*sustitutive*), aditivas (*additive*), sustractivas (*sottrative*), sentencias *indirizzo*, o sentencias normativas (*sentenze normative*). Como puede suponerse, algunas veces los autores utilizan diversas denominaciones para referirse aproximadamente a lo mismo, y otras veces, en cambio, se refieren a sentencias distintas, usando la misma denominación.

En realidad, las sentencias interpretativas forman parte del amplio grupo de sentencias o decisiones "intermedias" que son aquellas que no son de estimación total ni de desestimación pura (aunque para algunos vienen a confundirse prácticamente con toda esa categoría). Por ello para ubicar con precisión las que realmente son sentencias interpretativas, es necesario partir de una clasificación de las sentencias sobre el fondo en los procesos de inconstitucionalidad, que puede llevarse a cabo desde una perspectiva formal o material. La primera se centraría en el pronunciamiento que el fallo de la decisión expresa, y según la misma cabría distinguir:

I. Sentencias desestimatorias, que pueden ser:

1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.

2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto "si se interpreta" o "interpretado" en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia.

3. Otros tipos de sentencias desestimatorias, como las que declaran que una ley "no es todavía inconstitucional", pero puede llegar a serlo si no se

modifica la regulación, o en general las "sentencias de apelación", cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales.

II. Sentencias estimatorias, dentro de las cuales cabe, a su vez, distinguir entre:

1. Sentencias de estimación total, que son aquéllas que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.

2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos:

A. Sentencias de estimación parcial respecto al *texto de la disposición* impugnada, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.

B. Sentencias de estimación parcial *respecto a la norma*, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas se califican a veces en un sentido amplio como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

a. Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado "es inconstitucional, si se interpreta..." o "interpretado..." en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos.

b. Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones "sentencias manipulativas" (véase la entrada correspondiente de este *Diccionario*).

3. Otros tipos de sentencias parcialmente estimatorias, como las que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad o la "mera incompatibilidad", o las que afirman que un precepto "no es aplicable" en un territorio determinado o, en el caso español "no tiene carácter básico" o "no tiene carácter orgánico".

La clasificación expuesta se basa en un criterio formal, que tiene en cuenta el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Aunque en un sentido amplio todas las sentencias que no son de estimación o de desestimación pura (es decir, exceptuando los apartados 1.1 y 2.1) forman parte de los "tipos intermedios", en sentido propio solo los señalados en los apartados 1.2 y 2.2.B pueden calificarse como interpretativas (y aun para algunos autores, en un sentido más estricto, solo lo serían las de los apartados 1.2 y 2.2.B. a).

Pero paralelamente a la clasificación realizada, cabe una clasificación material o, si se prefiere, cabe matizar la clasificación apuntada con criterios materiales, si se tiene en cuenta no la mera formulación del fallo, sino sus efectos reales en el contenido normativo del precepto. Desde esta perspectiva,

es preciso destacar que todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello sería coherente que el fallo de una sentencia interpretativa fuera siempre formalmente de estimación parcial. De lo contrario, nos encontramos con que las sentencias interpretativas desestimatorias encubren a veces fallos que materialmente son interpretativos estimatorios o manipulativos.

En cualquier caso, y sea cual sea el criterio de clasificación utilizado, es preciso encontrar aquellos rasgos comunes a todas las sentencias interpretativas, que permitan una definición conjunta, para asegurarnos de que en efecto estamos hablando de un mismo tipo o grupo de sentencias.

En este sentido, es habitual referirse en general a las sentencias interpretativas como aquellas en las que el Tribunal señala qué interpretaciones de un precepto son legítimas desde el punto de vista constitucional, y cuáles deben rechazarse. Pero esta definición, válida para las sentencias interpretativas en el sentido más estricto, dejaría fuera las llamadas "sentencias manipulativas", que presuponen la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo derivado no alternativa, sino conjuntamente, de la disposición, y que tienen en común el dejar inalterado el texto, afectando al contenido normativo. Por ello parece que la definición más idónea de sentencias interpretativas sería la que entiende que son las sentencias, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, *dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución*.

De este modo, en muchos casos una sentencia interpretativa puede adoptar formalmente una u otra decisión (desestimación o estimación), llegando por ambas vías a la misma conclusión de entender que una norma, parte de ella, o varias no son acordes con la Constitución. En efecto, dicha conclusión puede expresarse diciendo que una disposición es constitucional interpretada en el sentido X (o, si no se interpreta en el sentido Y), o bien que dicha disposición es inconstitucional interpretada en el sentido Y. Han sido factores institucionales o políticos los que han provocado la utilización de uno u otro tipo de fallos.

En este sentido, las sentencias interpretativas de desestimación o rechazo, definidas en el sentido ya apuntado, constituyeron en Italia el primer tipo de pronunciamiento —desde el punto de vista temporal— que se separaba de la dualidad acogimiento-rechazo, siendo muy frecuentes a partir de 1956, año en el que se pronunciaron las primeras decisiones de este tipo, iniciándose un periodo de aproximadamente una década en el que las mismas ocupan un acusado protagonismo en la práctica y en la doctrina. Después, las dudas sobre los efectos de estas decisiones frente a los jueces y tribunales ordinarios, y la resistencia de algunos de estos —incluida la Corte de Casación— a seguir la interpretación acogida por la Corte Constitucional en las sentencias interpretativas desestimatorias, dieron lugar a lo que se llamó "guerra entre las dos Cortes", lo que provocó que estas decisiones cedieran su protago-

nismo en favor de las sentencias interpretativas estimatorias, con las que en algunos casos la Corte Constitucional volvía a pronunciarse sobre preceptos que anteriormente había declarado constitucionales (si se interpretaban en cierto sentido).

Hoy, las sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto son en general menos utilizadas que las de desestimación, acaso porque se supone que son menos acordes con el principio de conservación de la ley. Pero en realidad el fallo interpretativo estimatorio resulta más adecuado, en primer lugar desde el punto de vista del contenido normativo considerado inconstitucional, ya que preserva cualquier otra posible interpretación que no se haya considerado en el proceso, descartando solo la que de manera expresa se considera inconstitucional, mientras que el fallo desestimatorio suele elegir una única interpretación rechazando de forma implícita cualquier otra, y en segundo lugar, partiendo de consideraciones de mayor seguridad jurídica, ya que en el caso de las sentencias interpretativas estimatorias existe un pronunciamiento formal y expreso de inconstitucionalidad en el fallo, que "previene" sobre dicha afectación a las interpretaciones o normas derivadas del precepto.

En fin, las sentencias interpretativas plantean no pocas cuestiones de relevancia, como son las relativas a su fundamento, su legitimidad y sus efectos. Respecto a lo primero, suelen invocarse la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de conservación de la misma en la parte en que sea posible, para justificar la adopción de estas decisiones, que en principio serán siempre menos invasivas de la obra del legislador que una declaración de inconstitucionalidad global e incondicionada. Sin embargo, conviene valorar el sentido de esta justificación en cada caso, ya que a veces la operación que estas decisiones realizan sobre el contenido del precepto puede conllevar una modificación o alteración del mismo. Precisamente al hilo de esta cuestión se plantea la legitimidad de estas decisiones. Al respecto, puede decirse que sin duda las mismas exceden de los planteamientos del modelo kelseniano, pero ello no significa que su uso deba rechazarse en bloque. Más bien resultarán admisibles cuando con las mismas el Tribunal no se exceda en el ámbito de su función depuradora del ordenamiento, y por tanto se limite a rechazar o descartar interpretaciones (o contenidos normativos escindibles) que resulten inconstitucionales; en cambio, no serán decisiones legítimas cuando procedan a una alteración o manipulación de dicho contenido normativo, usurpando el Tribunal la posición del legislador.

Aun en los supuestos en los que existe un fundamento que legitime la decisión adoptada, hay que entender que su uso por los tribunales debe ser cauteloso, pues la profusión de este tipo de pronunciamientos introduce un notable factor de complejidad en el ordenamiento, y pone en riesgo el principio de seguridad jurídica, toda vez que, cuando existe una sentencia interpretativa resulta ya imposible conocer el contenido normativo realmente derivado de una disposición sin acudir a dicha sentencia, que se sitúa así al mismo nivel de la norma a la que integra, lo cual, cuando se produce de forma muy frecuente en el ordenamiento, produce indeseables efectos de complejidad e inseguridad.

Francisco Javier Díaz Revorio

Sentencias manipulativas

Las denominación "sentencias manipulativas" tiene un origen doctrinal y perfiles un tanto difusos. Podemos decir que se trata de sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad que pertenecen a la categoría de las denominadas "sentencias intermedias", ya que no son totalmente estimatorias ni desestimatorias, y tienen en común el producir un efecto de modificación, reducción o ampliación del contenido normativo de un precepto, sin alterar en absoluto el texto de la disposición. Aunque no hay acuerdo doctrinal sobre su definición y clasificación, pertenecerían así a la categoría de las llamadas "sentencias interpretativas" si se entiende esta en sentido amplio, pero se diferencian de las sentencias interpretativas en sentido estricto en que estas últimas operan con interpretaciones alternativas, mientras que las manipulativas afectan a parte de un contenido normativo derivado conjuntamente de la disposición (véase Sentencias interpretativas).

Con este criterio, podríamos definir sentencias "manipulativas" como aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* o de forma compleja de una disposición textual, que sin embargo queda inalterada. Con todo, hay que precisar que esta definición se corresponde con las sentencias manipulativas formalmente estimatorias (que son sin duda la mayoría); pero puede haber también sentencias materialmente manipulativas que adopten la forma de una sentencia interpretativa desestimatoria. Por ello la definición "material" de sentencias manipulativas se referiría a las que producen (ya sea estableciéndolo de forma explícita o de manera implícita) la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo conjuntamente derivado de una disposición. La doctrina en español suele utilizar esta denominación para referirse a este grupo de decisiones, a sabiendas de que se trata de un italianismo, y de las connotaciones peyorativas o "deslegitimadoras" que conlleva.

En efecto, para quien parta de un concepto de sentencias manipulativas según el cual las mismas transforman o modifican el significado normativo de un texto (en el sentido de que lo "manipulan", sustituyen o adicionan para que dicho texto diga algo diferente a lo que decía), no hay necesidad de plantearse cuestiones como la de su legitimidad o admisibilidad constitucional, que quedaría resuelta negativamente desde la definición. Sin embargo, si bien es cierto que estas sentencias producen una cierta modificación o alteración del contenido normativo (también se modifica o altera lo que se ve reducido), lo que hay que analizar es si dicha alteración se realiza mediante una manipulación, adición o sustitución contraria a las funciones que corresponden al Tribunal, o bien permanece dentro de la lógica de la anulación propia de dichas funciones.

Y esta es una cuestión fundamental para resolver el problema más acuciante al que han de enfrentarse estas decisiones, que es el de su legitimidad constitucional. Esta legitimidad puede cuestionarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la consideración de la función "positiva" o creadora aparentemente realizada por estas sentencias, en contraste con la función negativa que corresponde al Tribunal, e invadiendo por tanto las competencias

del legislativo; en segundo lugar, desde la relación que debe existir entre la jurisdicción constitucional y la función interpretativa de los jueces ordinarios. Por ello, como ha destacado Zagrebelsky (*La Giustizia costituzionale,* Bolonia, 1988), estas sentencias parecen no resolver el siguiente dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema, corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente, correspondería al legislador introducirla.

Si bien la modificación del contenido normativo puede producirse, al menos aparentemente, por reducción, adición o sustitución, lo que tienen en común todas las sentencias manipulativas es que anulan una parte del contenido normativo complejo, de manera que desde este punto de vista, todas ellas proceden a una reducción de dicho contenido. En este sentido y con referencia a sus efectos, serán los que el ordenamiento de que se trate otorgue a las sentencias estimatorias, y por tanto habitualmente tendrán efectos *erga omnes* en lo que atañe a la declaración de inconstitucionalidad de parte del contenido normativo. En cuanto al posible contenido normativo positivo, el mismo solo será legítimo si deriva automáticamente de la norma una vez suprimido su contenido inconstitucional.

Ello nos conduce a la cuestión de la legitimidad, que solo puede abordarse considerando por separado los tres tipos de sentencias que habitualmente se incluyen en esta categoría, y que son las sentencias reductoras, las aditivas y las sustitutivas.

(Véase Sentencias reductoras, Sentencias aditivas, Sentencias sustitutivas).

Francisco Javier Díaz Revorio

Sentencias monitorias

Las sentencias monitorias son aquellas en las que los tribunales constitucionales comúnmente en la motivación de sus pronunciamientos y, en algunas ocasiones, en la parte dispositiva de la sentencia, señalan al legislador las pautas (e incluso, las modificaciones) que debe seguir (o realizar) para que el texto legal sea conforme con la Constitución, dirigiendo o influenciando de este modo su futura actividad legislativa.

Estas decisiones se diferencian entre sí por el diverso perfil de los criterios directivos en ellas expresados. Esto es, a veces se envían al legislador mensajes que originalmente parecían cumplir una función de simple recomendación finalizando con la modificación del ordenamiento jurídico; en otras ocasiones se hacen meras invitaciones genéricamente dirigidas al legislador, para incitarlo a comportarse de un cierto modo en el futuro, o incluso, se pronuncian decisiones en las que el tribunal dicta los principios normativos con los que el legislador deberá actuar, dándole a éste una especie de mandato. Este último supuesto es el que suele considerarse más eficaz, ya que pretende vincular la actividad legislativa en relación con puntuales prescripciones, y se caracteriza porque no solo solicita al legislador que reforme un determinado sector legislativo, sino que le sugiere también cómo hacerlo.

Desde otra óptica, estos pronunciamientos suelen manifestarse ya de forma clara, ya de forma implícita. En el primer caso, los tribunales adoptan, en

general, fórmulas configuradas del siguiente modo: "es tarea del legislador", "se llama al legislador para una eventual intervención", "el legislador puede dar una nueva estructura… siempre que sean respetados", "corresponde al legislador", "el legislador valorará sí", "compete al legislador remediar los eventuales inconvenientes". En el segundo caso, las sugerencias no son detectadas gramaticalmente, sino solo aparecen implícitas en la motivación de la sentencia. De hecho, mientras que algunas veces la sugerencia que se hace al legislador tiene un nexo estrecho con la parte dispositiva de la sentencia (es decir, el tribunal se preocupa de las consecuencias provocadas por sus decisiones), en otros la sentencia constituye solo una oportuna ocasión para invitar al legislador a reformar una disposición o, incluso, toda la materia, y la parte resolutiva no condiciona en absoluto la manifestación contenida en la motivación.

También se ha sostenido que uno de los inconvenientes que se desprenden de este tipo de pronunciamientos es que afectan negativamente la libertad del legislador, sobre todo cuando las manifestaciones del tribunal constitucional no son solo expresiones meramente facultativas, sino que se traducen en verdaderas exhortaciones que orientan la futura actividad legislativa (Vezio Crisafulli, 1976). Ante este tipo de peligros se ha respondido que la invasión de la libertad del legislador no se produce porque la manifestación del tribunal es solo una propuesta, invitación o recomendación, y es el legislador el que a fin de cuentas no solo decide *si* la adopta, sino que además decide *cómo* y *cuándo* la adopta (Gustavo Zagrebelsky, 1988).

Dentro de las clasificaciones que pretenden ordenar la copiosa variedad de este tipo de pronunciamientos se ha sugerido una que distingue el perfil formal del pronunciamiento que comprende, básicamente, dos supuestos generales: *a*) sentencias monitorias desestimatorias, que son aquellas en las que se exhorta al legislador a realizar ciertas modificaciones en la legislación para que deje de tener una constitucionalidad precaria, y *b*) sentencias monitorias estimatorias, que son aquellas con las que el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una norma declarada inconstitucional, encomienda al legislador la creación de un nuevo texto legal que sea acorde con la Constitución. En el primero de estos supuestos la norma impugnada no es inconstitucional, pero el órgano de control constitucional advierte que puede llegar a serlo en el futuro si el legislador no modifica la regulación. En el segundo supuesto, en cambio, primero se declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada y, después, en la misma sentencia, se recomienda al legislador que cubra el vacío normativo de forma inmediata; o bien se le fija un plazo para que lo haga. También entran dentro de este último supuesto las sentencias que en la jerga alemana se ha convenido en denominar como sentencias de inconstitucionalidad (o de incompatibilidad) sin nulidad.

En la práctica de los tribunales constitucionales es más común encontrar pronunciamientos monitorios en sentencias desestimatorias que en estimatorias. La razón de este proceder puede ser que todas las veces que un tribunal constitucional anula una disposición implícitamente está introduciendo un efecto monitorio, pues todas las sentencias estimatorias incluyen, invariablemente, una admonición para el legislador, de ahí que no se considere nece-

sario explicitar la monición, que en muchas ocasiones aparecería como algo redundante.

La eficacia de este tipo de sentencias no deja de ser dudosa, ya que depende de la "sensibilidad" que el legislador pueda tener, de la peculiar posición que en cada ordenamiento tiene el órgano de justicia constitucional y de la praxis establecida en la dinámica relacional con el legislador. El concreto alcance de las recomendaciones insertas en este tipo de sentencias depende, por tanto, de la autoridad de quien las dicta (juez constitucional) y de la aceptación de quien las debe cumplir (legislador democrático), puesto que no hay forma de garantizar el cumplimiento de la sentencia que exhorte o recomiende al legislador hacer algo.

Por otra parte, un criterio que puede ser útil para valorar la eficacia de este tipo de decisiones es la distinción formal que ha sido introducida entre sentencias monitorias desestimatorias y estimatorias, pues el nivel de presión que se ejerce sobre el legislador en uno u otro caso es diverso.

Desde esa perspectiva, el efecto menor sería para las directrices expresadas en pronunciamientos desestimatorios, cuyo valor de influencia sobre el legislador se aproximaría al de las "manifestaciones optativas" (recomendaciones) entendidas como "expresiones de una indeterminada función auxiliadora de la Corte" (Lucio Pegoraro, 1987). Dicho efecto minoritario se configura en términos de "influencia mínima", de "auspicio" (mera manifestación de deseo), de "auspicio reforzado" —con reclamos a la "oportunidad", a la "sistematización de la intervención legislativa"; o bien con la utilización del verbo "deber"— (Nicola Assini, 1982). El efecto mayor, por el contrario, sería producto de aquellas sentencias de estimación que indican criterios directivos más penetrantes, los cuales legitimarían aquellos planteamientos que hablan de "encomiendas" del juez constitucional. En tales casos, esos planteamientos fungirán como "oráculo" de la constitucionalidad —quizás en un "momento de razón constante y profunda", quizá con la función de "garante de la evolución del ordenamiento"— de la futura disciplina positiva de un determinado sector (Giorgio, Lombardi, 1985). Además, según algunos, dicho reforzamiento de las funciones del tribunal constitucional representaría un camino hacia una relación de colaboración con tendencia a efectuar una compenetración entre la Corte y el Parlamento (Franco Modugno, 1985).

Giovanni A. Figueroa Mejía

Sentencias reductoras

Son aquellas que, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial, conllevan una reducción de la "extensión" del contenido normativo de un precepto. Dicha reducción se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados de forma genérica, o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto. El fallo de este tipo de sentencias puede adoptar diversas formas, entre las cuales las más frecuentes suponen la declaración de inconstitucionalidad del precepto "en cuanto incluye", "en cuanto es aplicable", o "en la parte en que prevé" o "en la parte

en que no excluye" su aplicación a cierto supuesto, o en general cierta norma (aunque también es posible encontrar sentencias materialmente reductoras que adoptan el fallo propio de una sentencia interpretativa desestimatoria).

En principio, estas decisiones serían, entre las que hemos denominado "sentencias manipulativas", las que menos problemas plantearían en cuanto a su legitimidad constitucional. Siempre que se considere que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de las normas contenidas en una disposición legal, y no solo del texto de la misma, se tenderá a admitir este tipo de fallos. Admitido lo anterior, no deberían plantear excesivos problemas en cuanto a la relación entre Tribunal Constitucional y legislador, ya que aquí la decisión del Tribunal posee unos efectos meramente negativos (o reductores), si bien recae sobre el contenido normativo. Y, partiendo del mismo presupuesto, tampoco deberían provocar conflictos entre Tribunal Constitucional y jueces ordinarios, ya que si aquel puede pronunciarse también sobre normas, podrá declarar la inconstitucionalidad de estas, que es lo que vienen a hacer estas sentencias. En todo caso, la licitud de este medio conlleva un requisito adicional, consistente en que el contenido normativo inconstitucional sea escindible o posea cierta autonomía respecto al contenido subsistente, de manera que este pueda entenderse y considerarse existente aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de ser "completado" o precisado por la propia sentencia (en caso contrario, lo procedente sería la declaración de inconstitucionalidad simple).

Dentro de las sentencias reductoras, se ha distinguido las que operan una reducción absoluta, y aquellas que realizan una reducción relativa: en el primer caso, la norma deja de ser aplicable, a todos los efectos y de forma definitiva, en alguno o algunos de los supuestos contemplados en el precepto; en el supuesto de las "reducciones relativas" lo que se produce es una negación de la pretensión de aplicación incondicionada que ostentaba la norma en determinado supuesto. A este grupo pertenecerían las sentencias que declaran que determinado precepto legal "es de aplicación supletoria" en un territorio determinado.

Francisco Javier Díaz Revorio

Sentencias sustitutivas

El supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa viene constituido por las llamadas "sentencias sustitutivas", en las que un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el Tribunal. La fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto "en la parte en que" dispone algo en lugar de o "antes que" (*anziché*) otra cosa, aunque también en este caso es posible encontrar sentencias materialmente sustitutivas que adoptan de manera formal fallos interpretativos desestimatorios.

En realidad, las sentencias sustitutivas se diferencian del resto de las sentencias manipulativas en que implican una declaración de inconstitucionalidad parcial que podría afectar a una parte del texto (aunque también, como

es obvio, al contenido normativo derivado de ese fragmento textual). Incluso podría dudarse de la pertenencia de estas sentencias al grupo de las manipulativas, que viene definido precisamente porque la declaración de inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente de una disposición textual, no afecta sin embargo a esta. Pero creo que es preferible considerar que las sentencias sustitutivas son una especie "anómala" —aún más— de las sentencias manipulativas, ya que su distancia con otro tipo de decisiones es mucho mayor. En efecto, y a pesar de operar esta inconstitucionalidad parcial sobre el texto, poco tienen que ver estas sentencias con las de acogimiento parcial sobre la disposición, ya que la operación más relevante realizada por una sentencia sustitutiva —precisamente la que sirve para definirla y darle nombre— es la sustitución realizada en el contenido normativo del precepto. Desde esta perspectiva se aprecia su proximidad a las restantes sentencias manipulativas, ya que dicha sustitución supone, en mayor medida que cualquier otra decisión, una modificación o alteración del contenido normativo.

De acuerdo con el esquema de funcionamiento de estas sentencias, las mismas realizarían en realidad la misma operación que una sentencia aditiva (la adición, añadido o extensión del contenido normativo), si bien precedida de la anulación de una parte del contenido normativo. Se ha distinguido en las sentencias sustitutivas un aspecto "ablativo" (*profilo ablatorio*), que produciría el efecto de crear un vacío normativo, acompañado de un aspecto reconstructivo (*profilo ricostruttivo*) dirigido a llenar dicho vacío. Desde el punto de vista de la formulación de los pronunciamientos, esta apreciación es ajustada a su formulación más habitual. Con todo, como ya se ha destacado, en realidad al menos una parte de las sentencias aditivas conllevan también un aspecto "ablativo" o de anulación, si bien este recae sobre una norma implícita, pero derivada de la disposición impugnada.

En propiedad, hay dos diferencias entre sentencias aditivas y sustitutivas: la primera, que en estas el aspecto de ablación recae (por lo menos la mayor parte de las veces) no solo en la norma, sino también en parte de la disposición, mientras que en las aditivas, en caso de existir, siempre recaería sobre una norma implícita de exclusión. La segunda diferencia reside en que mientras en las sentencias aditivas la parte reconstructiva surge "automáticamente" de la anulación de la norma implícita, o de la interpretación extensiva o analógica del precepto, en las sentencias sustitutivas esa parte no siempre deriva necesariamente del precepto impugnado, ni es consecuencia de la anulación de la parte inconstitucional, sino que es normalmente añadida por el propio Tribunal obedeciendo —en el mejor de los casos— las exigencias constitucionales.

Se puede comprender que las sentencias sustitutivas son las más cuestionables desde el punto de vista de su legitimidad, así como en sus efectos. Para una valoración más precisa de este aspecto, es preciso distinguir diversos supuestos (siguiendo a Lanzillo, "Potere creativi della Corte Costituzionale nei guidizi incidentali sulla vallidittà delle leggi", en *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto,* Milán, 1985): *a*) los casos en los que la disposición sustitutiva no es sino la enunciación de los efectos que inevitablemente el intérprete habría debido deducir de la declaración de ilegitimidad, con base en

la lógica del sistema (entre los que pueden considerarse incluidos aquellos en los que la adición puede derivar de la correcta interpretación del precepto, tras dicha declaración de inconstitucionalidad parcial), estos supuestos estarían dentro de la función que corresponde al Tribunal, pero parece que serán los menos frecuentes, y *b*) los casos en los que el Tribunal introduce reglas del todo nuevas y diversas, en los que por ello mismo sobrepasa los límites de sus poderes (también estaríamos en este segundo caso cuando esas reglas puedan derivar de la Constitución, pero no del precepto impugnado, según queda tras la declaración de inconstitucionalidad).

Francisco Javier Díaz Revorio

Sentimientos de la Nación

La expresión “Sentimientos de la Nación”, es un pensamiento reflexivo que expresaba la conciencia colectiva de la nación, fue un gran legado que Morelos dejó a los Mexicanos. En ellos dictó los puntos básicos para redactar la Constitución política de un país que quería surgir a la vida independiente y soberana (*Enciclopedia Guerrerense*).

Fue inspirada por José María Morelos y Pavón (sacerdote, jefe militar, reformador político y social, y “Siervo de la Nación” como él mismo se denominaba) (H. Timmons, *Morelos*, p. 114.), quien bajo la dirección de Hidalgo, que habló sobre la necesidad de “fomentar un congreso con representantes de todas las provincias”, con el fin de institucionalizar el movimiento emancipador, Morelos, tan pronto aseguró el dominio de una vasta región del sur, convocó al congreso, conocido como Primer Congreso de Anáhuac, con el propósito de establecer un gobierno que, “al frente de la nación administre sus intereses, corrija los abusos y restablezca la autoridad e imperio de las leyes”. (*Enciclopedia Guerrerense*)

Morelos eligió al pueblo de Chilpancingo, al que elevó al rango de ciudad, para que fuera sede del congreso, y un día antes de su instalación dictó a Andrés Quintana Roo el documento llamado Sentimientos de la Nación. En el texto, Morelos sentó las bases del trabajo de la memorable asamblea, las cuales darían como resultado el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, comúnmente llamada Constitución de Apatzingán, sancionada el 22 de octubre de 1814 (*Enciclopedia Guerrerense*).

Antes de los Sentimientos de la Nación existieron dos documentos similares: los “Elementos de Nuestra Constitución”, de Ignacio López Rayón (De Icaza Dufour, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 418 y el “Manifiesto y los Planes de Guerra y Paz”, de José María Cos). La gran diferencia con el texto de Morelos es que ambos documentos reconocen la persona del monarca español, Fernando VII, como depositario de la soberanía de la Nación, en tanto que, para Morelos “la América es libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía” (*Enciclopedia Guerrerense*)

“Los Sentimientos de la Nación”, recapitulan, propuestas y declaraciones, principalmente de Hidalgo, Ignacio López Rayón, de las Cortes de Cádiz, y del propio Morelos, quien incorpora reclamos del pueblo percibidos por él a lo largo de su vida y no considerados hasta entonces. Morelos deseaba que

tales puntos fuesen la guía en las deliberaciones del Congreso por el convocado y que finalmente fueran parte de la Constitución (*http://aleph.academia.mx/jspui/bitstream/56789/8644/1/legajos 07 03001*).

Proclamación de los Sentimientos de la Nación.

El 14 de septiembre de 1813, reunidos en la Parroquia de Chilpancingo (Pasquel, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del estado de Veracruz*, t. II, p. 238), el secretario de Morelos, Juan Nepomuceno Rosains, leyó el documento que escribió Morelos titulado "Sentimientos de la Nación", en el que trazaba su programa político y social para que lo discutiera el congreso (H. Timmons, *Morelos*, p. 119), que se instaló en esa misma fecha y empezó con el pronunciamiento de Morelos del discurso inaugural los "Sentimientos de la Nación", procediendo con el examen del texto (H. Timmons, *Morelos*, p. 119).

Asistieron al Congreso de Chilpancingo delegados en representación de doce provincias, entre ellos: José María Cos, Andrés Quintana Roo, Carlos María de Bustamante, Ignacio López Rayón, José María Liceaga, José Sixto Verduzco, José María Murguia y Galardi, José Manuel de Herrera y el propio Morelos (*http://es.wikimexico.com/wps/portal/wm/wikimexico/periodos/mexico-virreynal/aires-libertarios/hechos/los-sentimientos-de-la-nacion*). El documento "Sentimientos de la Nación" de Morelos, se conserva en el Archivo General de la Nación (*http://es.wikipedia.org/wiki/sentimientos_de_la_nacion*).

Consta de 23 puntos acerca de las materias de mayor importancia para la causa insurgente (*Enciclopedia Jurídica Mexicana*).

"Sentimientos de la Nación.

1º Que la América es libre independiente de España y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione, dando al mundo las razones.

2º Que la religión católica sea la única, sin tolerancia de otra.

3º Que todos sus ministros se sustenten de todos y solo los diezmos y primicias, y el pueblo no tenga que pagar más obvenciones que las de su devoción y ofrenda.

4º Que el dogma sea sostenido por la jerarquía de la iglesia, que son el papa, los obispos y los curas, porque se debe arrancar toda planta que Dios no plantó: *omnis plantatis quam nom plantabit Pater meus Celestis Cradicabitur*. Mat. Cap. XV.

5º Que la Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo, el que sólo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias de números.

6º Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos.

7º Que funcionarán cuatro años los vocales, turnándose, saliendo los más antiguos para que ocupen el lugar los nuevos electos.

8º La dotación de los vocales, será una congrua suficiente y no superflua, y no pasará por ahora de ocho mil pesos.

9º Que los empleos sólo los americanos los obtengan.

10º Que no se admitan extranjeros, si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha.

11º Que los Estados mudan costumbres y, por consiguiente, la Patria no será del todo libre y nuestra mientras no se reforme el Gobierno, abatiendo el tiránico, substituyendo el liberal, e igualmente echando fuera de nuestro suelo al enemigo español, que tanto se ha declarado contra nuestra Patria.

12º Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto.

13º Que las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que éstos sólo lo sean en cuanto al uso de su ministerio.

14º Que para dictar una ley se haga junta de sabios en el número posible, para que proceda con más acierto y exonere de algunos cargos que pudieran resultarles.

15º Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud.

16º Que nuestros puertos se franqueen a las naciones extranjeras amigas, pero que éstas no se internen al Reino por más amigas que sean, y sólo habrá puertos señalados para el efecto, prohibiendo el desembarque en todos los demás, señalando el diez por ciento.

17º Que a cada uno se le guarden sus propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas a los infractores.

18º Que en la nueva legislación no se admita la tortura.

19º Que en la misma se establezca por Ley Constitucional la celebración del día 12 de diciembre en todos los pueblos, dedicado a la Patrona de nuestra Libertad, María Santísima de Guadalupe, encargando a todos los pueblos, la devoción mensual.

20º Que las tropas extranjeras o de otro Reino no pisen nuestro suelo, y si fuere en ayuda, no estarán donde la Suprema Junta.

21º Que no hagan expediciones fuera de los límites del Reino, especialmente ultramarinas; pero [se autorizan las] que no son de esta clase, [para] propagar la fe a nuestros hermanos de Tierra dentro.

22º Que se quite la infinidad de tributos, pechos e imposiciones que nos agobian, y se señale a cada individuo un cinco por ciento de semillas y demás efectos u otra carga igual, ligera, que no oprima tanto, como la Alcabala, el Estanco, el Tributo y otros; pues con esta ligera contribución, y la buena administración de los bienes confiscados al enemigo, podrá llevarse el peso de la guerra y honorarios de empleados.

Chilpancingo, 14 de septiembre de 1813.

José María Morelos. [Rúbrica]

23º Que igualmente se solemnice el día 16 de septiembre todos los años, como el día aniversario en que se levantó la voz de la Independencia y nuestra santa Libertad comenzó, pues en ese día fue en el que se desplegaron los labios de la Nación para reclamar sus derechos con espada en mano para ser oída; recordando siempre el mérito del grande héroe, el señor Dn. Miguel

Hidalgo y su compañero Dn. Ignacio Allende (tachados en el original: "despregaron" "con", "en mano").

Repuestas en 21 de noviembre de 1813 y por tanto, quedan abolidas éstas, quedando siempre sujetos al parecer de Su Altesa SS" (*Sentimientos de la Nación*)

En Los Sentimientos de la Nación, se establecieron los principios que han sido a lo largo de los años el eje fundamental en torno al cual ha girado el avance de la nación mexicana en su lucha por implantar un gobierno de leyes. Trata de entablar una soberanía que reconozca el Estado nacional como independiente, justo y solidario entre su gente para poder formar una nación digna de respeto y autonomía ante las entidades internacionales (*www.inehrm.gob.mx/pdf/sentimientos.pdf*).

Los enunciados formulados por José María Morelos y Pavón, fueron puntos fundamentales para el incipiente Estado nación de la época, pues en ellos se trataron puntos torales que se hacen totalmente actuales, tales como que la soberanía dimana del pueblo representado por el Congreso Nacional (*www.juridicas.unam.mx*). Siendo una pena que a doscientos años de que Morelos emitió Los Sentimientos de la Nación, el pueblo no tenga una verdadera representación en ese Congreso, pues estos como antaño solo observan los intereses de los grandes capitales, olvidándose de los intereses del pueblo.

Proclama la división de poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, separados pero compatibles, inspirados en Montesquieu, quien en su obra *El espíritu de las leyes*, afirmaba que no hay Constitución, aunque se tenga, si no hay división de poderes (*www.juridicas.unam.mx*). Cuestión esta última que inequívocamente aún no se cumple en nuestro país, pues es inconcuso, que el Poder Ejecutivo tiene actualmente el control de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por ende del Poder Judicial de la Federación.

En otro punto refiere, "que las leyes generales comprendan a todos sin excepción de cuerpos privilegiados", realidad que no se cumple no solo en el ámbito penal, sino en el civil, laboral, agrario así como el administrativo, por la total falta de observancia a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los tratados internacionales.

En otro punto que para colmo tampoco se ha conseguido, es el que refiere "que para dictaminar una ley se haga junta de sabios para que procedan con acierto...", pero hoy dónde están los sabios, si el Congreso está lleno de todo menos de eso, "sabios", lo cual es sin duda lamentable, lo que se refleja en las leyes emitidas al vapor, leyes que hacen unos cuantos para beneficiar a los grandes capitales nacionales y extranjeros, por eso, dónde están los sabios, si el 90% de los diputados y senadores se limitan a levantar el dedo cuando su bandada le indique. En otras palabras, según Morelos, las buenas leyes no son cosa de solo número de votantes, sino la calidad de contenido que proviene, más que de mera información, de sabiduría (*http://estepais.com/inicio/históricos/104/18/cultura.perdurables leon.pdf*).

Otro sentimiento innovador es el 12, al apuntar hacia la equidad socioeconómica, mediante la moderación de la opulencia y la indigencia, aumentando los salarios de los pobres, ideal que ningún caudillo o Constitución alguna había considerado, pero como vemos, hoy dicho ideal solo sirve de estandarte

a todas las fuerzas políticas en sus campañas electoreras, sin que ninguno de los que la proclaman al momento de ser sujetos de elección logre combatirla al estar en el gobierno.

En cuanto a otros sentimientos relativos a la religión e Iglesia, es de advertir la supresión de la inquisición implicada en el punto 3, "puesto que era una planta no plantada por el Padre Celestial". También es de advertir la moderación del fuero y de las percepciones del clero. Mas por otra parte, es notoria la intolerancia religiosa del punto 2, explicable solo por la mentalidad reinante, que suponía la unidad religiosa como indispensable para la unidad política.

Tal intolerancia va de la mano con los artículos relativos a restricciones frente a extranjeros, cinco en total, con lo que se pretendía preservar con esto la independencia y la seguridad del Congreso, ante las ambiciones de otros países (*http://estepais.com/inicio/históricos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf*). Qué mentalidad la de José María Morelos y Pavón, quien supo ver desde hace 200 años las ambiciones internaciones que pretendían incitar a los legisladores a emitir leyes que los beneficiaran, y nuestros legisladores actuales incapaces de sobreponerse a ello, se dejan manipular por esos intereses de capitales y naciones externas.

El Congreso asumió Los Sentimientos de la Nación en la declaración de independencia del 6 de noviembre de 1813 (*http://estepais.com/inicio/históricos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf*). Con la leyenda: "Dado en el palacio nacional de Chilpancingo, a seis días del mes de Noviembre de 1813.- Lic. Andrés Quintana, vice-presidente,- Lic. Ignacio Rayo.- Lic. José Manuel de Herrera, Lic. Carlos María Bustamante.- Dr. José Sicto Verdusco.- José María Liceaga.- Lic. Cornelio Ortiz de Zarate, Secretario" (Pasquel, Leonardo, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del Estado de Veracruz*, t. II, p. 239).

En el poblado de San Cristobal Ecatepec, el 22 de diciembre de 1815, Morelos fue pasado por las armas, sus últimas palabras fueron: *"Señor, si he obrado bien, tu lo sabes, y si mal, yo me acojo a tu infinita misericordia"* (Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 421).

Juan Pablo Salazar Andreu

Sistema interamericano de derechos humanos (litigio)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) crea, el sistema interamericano de protección de derechos humanos, que comprende a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento.

El marco normativo del sistema interamericano de derechos humanos comprende un importante conjunto de tratados interamericanos que complementan la protección brindada por la Convención. En este sentido, la CIDH, cumple un papel cuasi-judicial cada vez que se involucra en casos particulares donde se denuncia a un Estado parte. La CIDH —órgano integrado por siete

comisionados o comisionadas— recibe las peticiones, evalúa la admisibilidad, el fondo del asunto y/o envía el caso a la Corte o publica sus recomendaciones. A petición de parte o de oficio, la CIDH también puede intervenir otorgando medidas cautelares, en ciertas situaciones de gravedad, urgencia o posibilidades en que se produzca un daño irreparable.

El procedimiento ante la CIDH se inicia al momento en que una persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, presenta ante este órgano peticiones que contengan hechos de violaciones a los derechos humanos protegidos por el marco normativo interamericano. La Secretaría Ejecutiva —órgano permanente de la CIDH— realiza la revisión inicial de las peticiones y evalúa que las mismas contengan los requisitos establecidos en el reglamento de la CIDH a efecto de dar trámite y transmitir las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión.

Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto y dado que el sistema interamericano tiene un carácter subsidiario a los sistemas nacionales, la CIDH verifica que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos de las personas y verifica que ésta sea presentada dentro del plazo y no exista otra denuncia ante otra instancia internacional. No obstante lo anterior, existen algunas circunstancias de excepción en las que se exime al peticionario de agotar los recursos internos.

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la CIDH mediante informes públicos se pronuncia sobre la admisibilidad del asunto. Si la petición es admitida se registra como caso y se inicia el procedimiento sobre el fondo —el cual tiene el objetivo de establecer las violaciones sustantivas a los derechos humanos— en dicha etapa los peticionarios y el Estado tendrán la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la *litis*. Antes de pronunciarse sobre el fondo, la CIDH consultará a las partes si tienen interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa.

La CIDH deliberará sobre el fondo del caso y elaborará un informe que determina si existen violaciones. En caso positivo, la CIDH preparará un informe preliminar con las recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión fijando un plazo en el que el Estado deberá informar sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento. Asimismo, notificará al peticionario la adopción del informe, sus recomendaciones y su transmisión al Estado.

En caso que los Estados hayan aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se le dará al peticionario la oportunidad de presentar su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. A fin de determinar si somete el caso ante este órgano, la CIDH tendrá en cuenta la posición del peticionario, si el Estado ha cumplido las recomendaciones del informe de fondo, la naturaleza y gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema y el impacto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, entre otros.

Si el caso es sometido ante dicha instancia se inicia el procedimiento establecido en su reglamento. En caso de no ser enviado a la Corte IDH el informe se publica conforme lo establece el artículo 51 de la Convención.

La función contenciosa de la Corte comienza a partir de que la CIDH presenta el "escrito de sometimiento del caso" en el que adjunta el informe de fondo de conformidad con el artículo 50 de la Convención. La Secretaría de la Corte realiza un examen preliminar del sometimiento del caso, revisa la documentación para posteriormente notificar a los jueces, al Estado demandado, a la CIDH y a los representantes de las víctimas su decisión de iniciar o no el procedimiento.

En caso positivo, una vez recibida la notificación, la representación de la(s) víctima(s) cuenta con un plazo de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, que deberá contener la descripción de los hechos, las pruebas ofrecidas, la individualización de declarantes, el objeto de su declaración y las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas. A partir de este momento las presuntas víctimas formalizan su capacidad procesal para ejercer sus derechos (*locus standi in judicio*).

Por otro lado, el Estado también cuenta con un plazo de dos meses, a partir de la recepción de la notificación para dar respuesta a la demanda y exponer su posición sobre el caso, indicando si acepta los hechos y las pretensiones, ofreciendo pruebas y realizando observaciones a las pretensiones de reparación. El Estado demandado, también, puede interponer argumentos que contradigan la competencia de la Corte y el objeto de la demanda —excepciones preliminares—. La respuesta estatal será comunicada a la CIDH, las presuntas víctimas o sus representantes quienes tienen un plazo de 30 días para presentar sus observaciones.

A fin de dar inicio al procedimiento oral, la Corte IDH solicitará a las partes en el proceso su lista definitiva de declarantes, presuntas víctimas, testigos y peritos. Posteriormente, la Corte IDH convocará a una audiencia pública, en la cual se escuchará a los testigos y peritos ofrecidos por las partes. Después de la audiencia pública las partes tienen la oportunidad de presentar alegatos finales escritos en el plazo que determine la Corte IDH. En cualquier momento de la causa, la Corte IDH está facultada para solicitar diligencias probatorias de oficio.

En el supuesto que la parte demandante no se desista del caso y exista un reconocimiento de responsabilidad del Estado demandado, logrando una solución amistosa, ésta será homologada por la Corte IDH, que resolverá sobre su procedencia y efectos jurídicos. En caso contrario, la Corte IDH deliberará para emitir una sentencia en la que establezca las violaciones y se pronuncie sobre las reparaciones y costas.

El fallo de la Corte IDH es definitivo e inapelable. No obstante, a fin de contribuir a la transparencia del proceso y esclarecer el contenido y alcance de sus sentencias, las partes pueden solicitar a la Corte IDH su interpretación con relación a las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas. Esta solicitud no suspende la ejecución de la sentencia.

Por último, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias, la Corte IDH requiere informes de los Estados respecto de su cumplimiento, mismos que serán comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte IDH puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes

sobre el asunto y en caso de que lo estime conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

Juan Carlos Gutiérrez Contreras

Sistema interamericano de protección de derechos humanos

El sistema interamericano de protección de derechos humanos es un sistema regional el cual se encuentra establecido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Sus instituciones principales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

I. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los orígenes de la CIDH, cuya sede se encuentra en Washington, D.C., se remontan a abril de 1948, cuando la OEA aprobó en Bogotá, Colombia, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). Igualmente, en esa conferencia se aprobó la Carta de la Organización de Estados Americanos que previó en su artículo 106 que existiría "...una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia". En dicho artículo también se previó que existiría "una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos [que] determinar[ía] la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia". Aun cuando no se habían siquiera organizado los trabajos para la elaboración de la Convención de la que hablaba la Carta de la OEA, la CIDH fue creada en 1959 y celebró su primer periodo de sesiones en 1960.

Después de veinte años de haberse propuesto su creación en la Carta de la OEA, en 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978. La Convención Americana es el instrumento internacional de mayor relevancia para el sistema interamericano de derechos humanos ya que define los derechos humanos que los Estados ratificantes han acordado respetar y garantizar, crea a la Corte IDH y asimismo define las funciones y los procedimientos de la Comisión y de la Corte.

En la actualidad, la CIDH está integrada por siete miembros que actúan independientemente, sin representar a ningún país en particular. Sus miembros son electos por la Asamblea General de la OEA para un periodo de cuatro años y pueden ser reelectos solo una vez. La CIDH se reúne en periodos ordinarios y extraordinarios de sesiones, varias veces por año. La Secretaría Ejecutiva cumple las tareas que le delega la CIDH y le brinda a ésta respaldo jurídico y administrativo en el desempeño de sus funciones.

La CIDH, como órgano de protección y promoción de los derechos humanos en todo el continente, lleva a cabo una gran diversidad de acciones que van desde el conocimiento de casos concretos de probables violaciones a los

derechos humanos (funciones cuasi-jurisdiccionales), hasta labores de carácter político.

Dentro de las *funciones de carácter cuasi-jurisdiccional* la CIDH conoce de peticiones en donde se reclaman violaciones a derechos humanos en todo el continente, así como de solicitudes de medidas cautelares. La CIDH posee jurisdicción territorial para analizar cualquier denuncia de violación de derechos humanos en el continente americano en la que haya intervenido un Estado que sea miembro de la OEA, incluso si la representación de su gobierno ha sido suspendido de dicha organización. Así, la CIDH puede conocer casos de los países que han ratificado a la fecha la Convención, utilizando este instrumento internacional para definir la existencia o inexistencia de responsabilidad internacional.

La CIDH ha definido con base en la Carta de la OEA y su propio estatuto que, además de considerar denuncias de violaciones de la Convención Americana cometidas por Estados partes de ese instrumento, la CIDH es competente para examinar presuntas violaciones de la Declaración Americana por parte de Estados miembros de la OEA que aún no sean parte de la Convención Americana. Esto significa que la CIDH puede conocer de casos de países que no han ratificado la Convención Americana pero que sí son miembros de la OEA.

En adición a las funciones de carácter cuasi jurisdiccional de la CIDH, se encuentran las *funciones de carácter político*. Dichas funciones se derivan de lo estipulado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 41. En la práctica, estas actividades se reflejan en la celebración de audiencias temáticas sobre temas de interés en materia de derechos humanos en el continente, la emisión de comunicados de prensa sobre situaciones que puedan llegar a "preocupar" a la CIDH, la elaboración de informes sobre la situación de países, o informes sobre grupos de personas o temáticas de interés, la realización de visitas *in loco*, la realización de consultas sobre temáticas de derechos humanos, la organización de seminarios y cursos sobre el sistema interamericano, reuniones privadas y públicas con autoridades estatales y con miembros de la sociedad civil, entre otras.

II. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH es el organismo jurisdiccional dentro del sistema interamericano de derechos humanos. Fue establecida el 18 de julio de 1978, al entrar en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estatuto de la Corte dispone que es una institución judicial autónoma que tiene su sede en San José, Costa Rica, y cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana.

La Corte IDH está integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA. Los jueces son elegidos a título personal "entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos" (artículo 52 de la Convención). El mandato de los jueces es de seis años y solo pueden ser reelectos una vez. Los jueces que terminan su mandato siguen conociendo de los casos a que ya se hubieren abocado y que se encuentren en estado de

sentencia (artículo 54.3 de la Convención). Aunque no existe el requisito de residencia para los jueces en la sede de la Corte, el presidente presta permanentemente sus servicios (artículo 16 del Estatuto). El presidente y el vicepresidente son elegidos por los jueces por un periodo que dura dos años y pueden ser reelegidos (artículo 12 del Estatuto). Finalmente, hay que señalar que la Corte IDH, al igual que la Comisión, cuenta con una Secretaría Ejecutiva cuyos funcionarios tienen como función auxiliar asistir a los jueces del tribunal en sus funciones.

La Corte IDH solo posee competencia para conocer asuntos de países del continente que han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que expresamente han aceptado su competencia contenciosa. Sobre los demás países del continente la Corte IDH no tiene competencia alguna para conocer de casos contenciosos ni medidas provisionales.

Las funciones principales de la Corte IDH se relacionan con su actividad jurisdiccional ya sea cuando se encuentra en conocimiento de un *caso contencioso*, cuando examina un asunto relacionado con la solicitud de *medidas provisionales* o cuando ejerce su facultad para emitir *opiniones consultivas*. La Corte IDH, a diferencia de la CIDH, carece de competencia para abordar asuntos de carácter político.

Una de las funciones de mayor relevancia de la Corte IDH es la de conocer *casos contenciosos* de violaciones concretas a derechos humanos; por esta vía, la Corte IDH determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano, por haber incumplido con sus obligaciones de respetar y garantizar esos derechos. De acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención "[s]ólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte". Así, el acceso a la Corte IDH no es inmediato, sino que para llegar a esa instancia primero se deben agotar los recursos internos nacionales —si los hubiese—, y posteriormente se debe acudir a la CIDH hasta concluir su procedimiento; si no existe oposición de la CIDH, el caso puede ser eventualmente sometido a la Corte IDH.

En términos del artículo 63.1 de la Convención: "Cuando [el Tribunal] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". De esta forma, los fallos son "definitivo[s] e inapelable[s]". En "caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo".

La jurisprudencia de la Corte IDH ha fijado estándares a nivel internacional en materia de desapariciones forzadas, amnistías, masacres, tortura, ejecuciones extrajudiciales, inamovilidad de los jueces, libertad de expresión, derechos de los niños, combate a la violencia en contra de la mujer, entre muchos otros temas. La Corte IDH, a pesar de haber conocido relativamente pocos

casos ha abordado en su jurisdicción varias de las más graves violaciones a los derechos humanos que no son exclusivas del Continente, de ahí que la Corte IDH sea un referente internacional en la materia.

Todo lo anterior se ha traducido igualmente en que la Corte haya desarrollado su propia doctrina en materia de reparaciones, en donde se incluye no solo medidas indemnizatorias de carácter pecuniario (daño material e inmaterial), sino que se prevé medidas de satisfacción y garantías de no repetición, las cuales pueden consistir, por poner un par de ejemplos, en localizar, identificar, exhumar los restos mortales de las víctimas y entregarlos a sus familiares en casos de desaparición forzada o educar a los funcionarios públicos en materia de derechos humanos.

Para la propia Corte IDH, sus decisiones tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la región a través de reformas legales o jurisprudencia local que incorporan los estándares fijados por la Corte IDH al derecho interno. Para la Corte IDH, el sistema supone que una interpretación coherente de la Convención Americana para todos los países de la región es una condición indispensable para la efectiva vigencia de los derechos humanos en todo el hemisferio americano. En este sentido, la Corte IDH desde 2006 ha ido progresivamente desarrollando el concepto de "control de la convencionalidad" que implicaría una forma de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los países latinoamericanos.

Igualmente, la Corte IDH puede adoptar *medidas provisionales* a favor de una persona o un grupo de personas, a solicitud de la CIDH, en asuntos que no hayan sometida a ella; o a solicitud de los representantes de la víctima o de la CIDH en casos que se encuentren bajo su conocimiento. La Corte IDH dicta estas medidas en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas en los términos del artículo 63.2 de la Convención Americana.

Por último, la Corte IDH ejerce una *función de carácter consultivo*. En el sistema interamericano de derechos humanos en los términos del artículo 64 de la Convención, el derecho de solicitar una *opinión consultiva* no se limita a los Estados parte de la misma, sino que todo Estado miembro de la OEA tiene capacidad de solicitarla, aun si no ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Si bien, solo los Estados miembros de la OEA y algunas instituciones tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva, el procedimiento es abierto, siendo la función consultiva de la Corte IDH más extensa —y se podría decir que más incluyente— que cualquier otra jurisdicción consultiva de cualquier otro tribunal internacional.

Carlos María Pelayo Moller

Sistema judicial de la Unión Europea

El sistema judicial de la Unión Europea se presenta como un *unicum* en el panorama jurídico internacional, debido al hecho que, por un lado, el derecho de la Unión presenta dos características fundamentales: el efecto directo

en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*), y la primacía sobre la normativa interna (*Costa contra Enel*), y, por otro lado, la función jurisdiccional es ejercida en el seno de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que actúa de manera colaborativa con los órganos judiciales de los veintiocho Estados miembros de la Unión. El TJUE tiene como finalidad garantizar el respeto del derecho de la Unión «en la interpretación y en la aplicación» de los Tratados y reúne bajo esta denominación un conjunto de tres instancias jurisdiccionales: I. el Tribunal de Justicia, II. el Tribunal General y III. el Tribunal de la Función Pública.

I. El Tribunal de Justicia, creado en 1952, está compuesto por veintiocho jueces y ocho abogados generales, designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros, previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. El papel desempeñado por los abogados generales no es el de una parte del procedimiento, sino el de un *amicus curiae*, encargado de asesorar jurídicamente al Tribunal, en toda imparcialidad e independencia (art. 252, TFUE). Sus avisos, las llamadas «conclusiones», no tienen por consecuencia el efecto de vincular al Tribunal en la decisión del asunto. Las formaciones en las que se reúne al Tribunal son: el Pleno, en los casos de relevancia excepcional y en los casos previstos por su Estatuto; la Gran Sala (quince jueces) y las salas (tres o cinco jueces). El Tribunal de Justicia tiene competencia para conocer de varios tipos de recursos, que vamos a examinar a continuación: a) la cuestión prejudicial; b) el recurso por incumplimiento; c) el recurso de anulación; d) el recurso por omisión; e) el recurso de casación; f) el reexamen; el recurso de indemnización por daños. Además, el Tribunal tiene competencia para juzgar de los recursos introducidos contra la Unión por sus funcionarios o agentes (art. 270, TFUE) y cuando su papel de juez dependa de «una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta" (art. 272, TFUE).

a) La cuestión prejudicial es el ejemplo más importante del funcionamiento "integrado" del sistema judicial de la Unión y de las instancias jurisdiccionales estatales, encargadas de aplicar el derecho común. Las relaciones entre la Unión y los jueces nacionales se inspiran al respecto del principio de "cooperación leal" *(Unión de Pequeños agricultores contra Consejo de la Unión Europea)*. En el caso de incertidumbre sobre la interpretación de una norma de derecho de la Unión, que se haya planteado dentro de un proceso en el ámbito estatal, las jurisdicciones nacionales tienen la *opción* o —en el caso en que sean jurisdicciones de última instancia— la *obligación* de suspender el procedimiento interno y de dirigirse al Tribunal de Justicia para pedirle que precise la cuestión (art. 267, TFUE). El recurso puede tener como objeto tanto la interpretación de una norma de los Tratados o de los actos cumplidos por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como la validez de

los actos apenas mencionados. El Tribunal responde a través de una sentencia o de un auto motivado, con los cuales da su interpretación, que es vinculante para el órgano jurisdiccional nacional y para los otros jueces llamados a juzgar una idéntica cuestión.

b) El recurso por incumplimiento de los Estados miembros está finalizado a controlar el respeto por los Estados de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión. Este control puede ser ejercido tanto por la Comisión Europea (art. 258, TFUE), lo que normalmente ocurre, como por otro Estado miembro (art. 259, TFUE). El procedimiento por este tipo de recurso prevé una fase precontenciosa y, en el caso en que la infracción persista, una fase contenciosa, ante al Tribunal.

c) El recurso de anulación permite al demandante controlar la legalidad de un acto obligatorio de una Institución de la Unión, a saber de un acto legislativo, de un acto del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes, de un acto del Parlamento Europeo o del Consejo Europeo destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros (art. 263, TFUE), así como de los acuerdos del Consejo de Gobernadores y del Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones (art. 271, letras *b* y *c*, TFUE).

d) El recurso por omisión censura la falta de acción de una institución, órgano u organismo de la Unión (art. 265, TFUE). El acto cuya omisión constituye una violación es un acto jurídico que debe ser obligatoriamente emitido según los Tratados, lo que hace que se pueda tratar también de un acto no vinculante para sus destinatarios. La legitimación activa corresponde a las tres categorías de sujetos que pueden pedir la anulación de un acto obligatorio. La acción debe ir precedida de un acto de requerimiento dirigido a la institución para que actúe y se puede interponer en el plazo de dos meses después de la solicitud. Si el juez de la Unión declara la omisión, condena al legitimado pasivo a adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la violación (art. 266, TFUE).

e) El recurso de casación puede interponerse ante el Tribunal de Justicia como apelación por razones de derecho contra las sentencias y autos del Tribunal General (art. 256, TFUE). En el caso en que el estado del asunto lo permita, el Tribunal de Justicia decidirá el procedimiento, salvo, en el caso contrario, devolver el litigio al Tribunal General.

f) El reexamen permite al Tribunal de Justicia de controlar en algunos casos excepcionales las decisiones adoptadas por el Tribunal General y por el Tribunal de la Función Pública.

g) El recurso de indemnización por daños (art. 268, TFUE) afirma el principio de la responsabilidad del Estado miembro en la aplicación del derecho de la Unión, permitiendo a los particulares de un Estado que hayan sufrido un daño por causa de su incumplimiento, de pedir una indemnización a este mismo.

El procedimiento ante al Tribunal de Justicia consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral, y sigue un desarrollo diferente según se trate de la cuestión prejudicial, que es una forma de recurso indirecto, o de uno de los

demás tipos de recursos, que son directos. La decisión se adopta por mayoría y no son posibles los votos particulares. El idioma de procedimiento puede ser una de las veinticuatro lenguas oficiales de la UE y depende de la lengua utilizada en la remisión prejudicial o en el recurso directo.

II. El Tribunal General, creado en 1988, está compuesto de al menos un juez por cada Estado miembro. Así como el Tribunal de Justicia, los jueces son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros y previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. A diferencia del Tribunal de Justicia, no están previstos abogados generales. El Tribunal puede reunirse en Pleno o en Gran Sala (trece jueces), en el caso de asuntos complejos o importantes o, lo que normalmente ocurre, en salas (cinco o tres jueces). El Tribunal General tiene una competencia general y una competencia exclusiva. Desde el primer punto de vista, el Tribunal General es competente para conocer en primera instancia de los mismos tipos de recursos que se pueden introducir, en segunda instancia, ante el Tribunal de Justicia (art. 256, TFUE), a decir: el recurso de anulación; el recurso por omisión; recurso de indemnización por daños; el recurso de anulación; los recursos introducidos contra la Unión por parte de sus funcionarios o agentes; los recursos introducidos en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta. La competencia general del Tribunal, por un lado, es residual, no pudiendo este conocer de los recursos atribuidos a un tribunal especializado y de los que son competencia del Tribunal de Justicia; por otro lado, es "abierta", pudiendo su Estatuto establecer que a la instancia se sometan otras categorías de recursos. El Tribunal General tiene competencia exclusiva en los siguientes casos: recursos formulados por los Estados miembros contra la Comisión; recursos estatales en materia de ayudas de Estado y de mesura de defensa comercial; recursos en materia de marca comunitaria; recursos presentados contra las decisiones de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y contra las decisiones de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos. El procedimiento ante al Tribunal General consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral.

III. El Tribunal de la Función Pública, creado en 2004, reúne siete jueces nombrados por el Consejo por un mandato de seis años renovables, previo aviso de un comité, teniendo en cuenta los sistemas jurídicos representados. El Tribunal puede reunirse en Pleno, en salas (cinco o tres jueces) como juez único. Su papel es el de juez especializado en el contencioso de la función pública, que desempeña en primera instancia en los litigios entre la Unión y sus agentes. El procedimiento comprende una fase escrita y, en el caso, una fase oral. Sus decisiones pueden ser apeladas, en el plazo de dos meses, ante el Tribunal General, limitadamente a las cuestiones de derecho.

Eloisa Denia Cosimo

Sistema no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos humanos

El primer paso en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos en nuestro país, se dio con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), por decreto presidencial del 5 de junio de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1990. La CNDH fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, contaba con un titular que era nombrado libremente por el presidente de la República, un secretario ejecutivo, un Consejo Honorario invitado por el Ejecutivo Federal, un secretario técnico también designado por el titular del Ejecutivo Federal y un visitador que dependía del presidente de la Comisión.

La segunda etapa de la figura del *Ombudsman* en México, surgió con la reforma constitucional del 28 de enero de 1992 en donde se elevó a rango constitucional la CNDH y se dispuso que las entidades federativas tuviesen su correspondiente organismo protector y defensor de los derechos humanos, con la creación, en el artículo 102 de la Constitución, del apartado B, que a la letra decía:

"B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados".

Con esto se buscaba, en primer lugar, instituir en la norma fundamental, la existencia y funcionamiento de la CNDH, así como sus homólogos locales, vinculándolos éstos con aquélla, para integrar lo que se conoce como sistema no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos humanos. El precepto constitucional fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992.

La CNDH se integraba por un presidente que duraba cuatro años, con una posible reelección. Era designado por el titular del Ejecutivo Federal con aprobación del Senado de la República o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. También se estableció que formaban parte de la Comisión hasta cinco visitadores generales quienes realizarían, a petición de parte o de oficio, las investigaciones de las quejas individuales, así como el personal técnico, profesional y administrativo que fuera necesario para el desempeño de las funciones del organismo. Además,

como ya se ha mencionado, por el mismo procedimiento de designación, se nombraba el Consejo Asesor, integrado, con carácter honorífico, por diez personas de altos méritos y conocimiento de los derechos humanos.

Evidentemente formulaba recomendaciones, denuncias y quejas en los casos necesario. Además, decidía en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las entidades federativas..

Se consideró que este organismo no surgió con la fuerza e independencia necesaria para llevar a cabo adecuadamente sus labores, ya que se criticaron los mecanismos para el nombramiento del titular de la CNDH. También se criticó que los recursos materiales y financieros fueran proporcionados por el Ejecutivo Federal, lo que afectaba gravemente la autonomía de la institución. Es por estas críticas que se determinó realizar algunas reformas constitucionales en los órganos de defensa no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en México; así fue como el 13 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una sustancial reforma al artículo 102, Apartado B, de la Constitución federal, que modificó en particular ciertos aspectos de la Comisión Nacional de *los* Derechos Humanos. Puede señalarse que la autonomía del *Ombudsman* se convirtió en uno de los puntos trascendentes en la reforma.

Se determinó dejar en manos del Congreso de la Unión la facultad de designar y ratificar al presidente de la CNDH, así como a los consejeros de la misma. En efecto, de acuerdo con la reforma constitucional y con la Ley de la CNDH reformada por decreto publicado el 26 de noviembre de 2001, el presidente de la CNDH, deberá ser elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada.

Se reiteró en el nuevo texto fundamental que los organismos no jurisdiccionales no son competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. También se conservaron en la mencionada reforma las disposiciones relativas a que la CNDH no podrá conocer de la conducta administrativa de los integrantes del Poder Judicial de la Federación, pero sí deberá resolver sobre las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

Por último, debemos mencionar la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, muy importante en materia de derechos humanos, que también trajo consigo adiciones importantes al sistema no jurisdiccional de protección y promoción de derechos humanos. Ahora los organismos locales también deben tener autonomía respecto a los tres poderes; se establece un sistemas más efectivo para el cumplimiento de recomendaciones; se permite que conozcan de la materia laboral, y, supuestamente, la CNDH absorbió la anterior facultad investigadora que el artículo 97 constitucional daba a la Suprema Corte, aunque al no ponerse de acuerdo las cámaras del Congreso de la Unión, en un texto coherente, el último párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional quedó con una redacción que parece no tener sentido.

José Luis Soberanes Fernández

Sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos

La expresión “Sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos” hace referencia al fenómeno global que, en los últimos años, ha comenzado a generar el enorme aumento de tribunales nacionales e internacionales en todo el mundo, y a la consecuente interacción entre ellos.

La expansión de la justicia internacional es el desarrollo jurídico más importante después de la Segunda Guerra Mundial (Romano, Cesare, NYU, 1999); el número de cortes y tribunales internacionales creados a partir de 1945, es verdaderamente colosal [el Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945); el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente o Tribunal de Tokio (1945); la Corte Internacional de Justicia (1946); el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993); el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994); la Corte Penal Internacional (2002); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959); la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979); la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (2006); el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), etcétera]. De igual manera, en el ámbito nacional el aumento de la población, junto con la existencia de nuevas especialidades jurídicas (derecho electoral, competencia económica, derecho de las telecomunicaciones, etcétera), ha dado lugar a la creación e instalación de muchos nuevos tribunales. Y lo cierto es que no solo ha aumentado el número de tribunales nacionales e internacionales en el mundo, sino que su alcance e influencia ahora son mucho mayores (Charney, Jonathan I., NYU, 1999).

Este aumento en el número e importancia de los tribunales ha tenido efectos muy interesantes en cuanto a su forma de trabajo, pero sobre todo, en cuanto a los vínculos, nexos y contactos que ahora se dan entre ellos.

Pese a no ser plenamente conscientes de la existencia del sistema ni de su pertenencia al mismo, en el ejercicio cotidiano de sus funciones los tribunales nacionales e internacionales reciben expedientes, envían documentos, piden datos, solicitan la cooperación de tribunales extranjeros o internacionales, se comunican, aplican criterios de otras cortes del mundo, reciben solicitudes y, en general, *interactúan* de múltiples formas con otros tribunales nacionales o internacionales; es decir, de acuerdo con las reglas aplicables en cada caso, los tribunales “se colocan” en un sitio específico dentro de una estructura mayor, y desde ahí intercambian información y resuelven los asuntos para los cuales consideran tener competencia, lo que paso a paso, está dando lugar a un *todo complejo* e *interrelacionado*, de carácter *envolvente* y, hasta el momento, *autoorganizado*, de entidades que tienen esencialmente las mismas facultades, que constantemente intercambian información y que en ciertos temas, incluso aplican las mismas normas, y cuyas decisiones resultan cada vez más interdependientes entre sí. Es decir, está dando lugar a un sistema transnacional de tribunales.

En el tema de la protección a los derechos humanos los tribunales nacionales e internacionales de todo el mundo encuentran una razón más de convergencia: las normas jurídicas que tienen que aplicar son básicamente las

mismas o, por lo menos, se trata de normas que guardan enormes similitudes entre sí. Esto se debe a dos factores muy claros: al hecho de que los progresos nacionales en relación con estos derechos provienen, en mayor o menor medida, de los mismos documentos históricos (la *Magna Charta* de 1215, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1796), y a que a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las naciones del mundo se han ido sometiendo, progresiva y paulatinamente, a los tratados internacionales en esta materia y a los diversos mecanismos de protección —regional y universal— de los derechos humanos y, con ello, incorporando a su derecho las normas y los estándares internacionales. Esto ha dado lugar a que para resolver casos relacionados con derechos humanos, los tribunales del mundo apliquen normas sumamente similares, o incluso, apliquen exactamente las mismas normas, y es ello lo que provoca que en materia de derechos humanos, los vínculos existentes entre los tribunales del mundo, tanto nacionales como internacionales, tiendan a ser todavía más intensos y manifiestos (Shany, Yuval, 2007; Volcansek, Mary y Stack, John F. Jr., 2005; Bustos, Rafael, 2008; y Martínez, Jenny, 2003).

La idea de formar parte de un sistema global puede parecer poco seductora para muchos juzgadores; no obstante, la pertenencia al sistema es, en cierta forma, inevitable. Una Corte nacional puede ignorar voluntariamente la existencia de un tribunal internacional, pero eso, en sí mismo, es una elección y una que le da forma al sistema transnacional de tribunales, pues en realidad, las Cortes del mundo nacionales o internacionales, no pueden evitar estas interacciones (Martínez, Jenny, 2003). Sería difícil pensar que un tribunal nacional pudiera dejar de reconocer por completo los efectos de una sentencia dictada por un tribunal internacional, o hacer total caso omiso a la petición de auxilio procesal proveniente de un tribunal perteneciente a otra soberanía, o de plano desconocer que existen otros tribunales en el mundo. Por el contrario, la evidencia disponible sugiere que la relación entre tribunales nacionales y derecho internacional es cada vez mayor, y que los tratados internacionales en materia de derechos humanos han tenido una influencia enorme en el derecho interno en casi todos los países el mundo (Heyns, Christof y Viljoen, Franz, 2002).

Existe en realidad un conjunto de fenómenos, no solo jurídicos, sino de carácter económico, político, social y cultural, que desde hace algunas décadas están transformando el mundo a través de la generación de flujos y la creación de redes de actividad e interacción entre seres humanos, organizaciones, naciones, regiones y continentes; hoy día, una línea continua conecta lo local con lo global, pasando por lo nacional y lo regional, y sin duda alguna, los tribunales también son parte de esa nueva forma de interacción universal (López Ayllón, Sergio, 2004).

La visión de una comunidad global de jueces y la noción de un sistema de tribunales, son ideas que todavía pueden generar reticencias y parecer idealistas, pero el fenómeno está ahí (Slaughter, Anne Marie, 2010). Hoy día, los jueces y tribunales del mundo conversan, se reúnen, se leen, se citan entre sí,

y gracias a ello, se van convirtiendo paulatinamente en piezas de un mismo sistema, en elementos del "sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos".

Mara Gómez

Supraconstitucionalidad e hiperconstitucionalidad

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el prefijo *supra* significa "arriba" o "encima de", por lo que *supraconstitucionalidad* debe entenderse como aquellos ámbitos o materias de las que carece de jurisdicción cualquier parlamento o autoridad constituida, ya que así como la Constitución está sobre la ley, la *supraconstitucionalidad* está sobre la Constitución.

Por su parte, el prefijo *hiper* significa "exceso", por lo que debemos entender la *hiperconstitucionalidad* como la característica de aquellas normas constitucionales que son continente de una carga axiológica o ideológica muy importante y significativa.

Siguiendo al profesor Eduardo García de Enterría a través de su obra *La Constitución como norma jurídica*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido que "... la Constitución responde a valores sociales que el constituyente los consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva, y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tienen valor normativo y aplicación, y que presiden la interpretación y aplicación de las leyes. Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, 'normas constitucionales inconstitucionales'... y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía... Luego, cuando normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción..." (Acción de Interpretación Constitucional, Exp. núm. 00-2908, resuelto el 3 de septiembre de 2001).

En razón del problema antes descrito, es que autores como Néstor Pedro Sagüés señalen que una de la recetas que pudieran servir para solucionar las controversias internas, ideológicas y normativas de la Constitución, es la denominada "tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales", según la cual, no todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía (afirmación explícitamente reconocida por la Sala Constitucional venezolana), ya que las hay superiores e inferiores, por lo que en caso de que haya oposición entre ellas, deberán prevalecer las primeras.

Dicha tesis debe ser objeto de un miramiento profundo y sosegado, sobre todo cuando en el derecho comparado ya existen, tanto precedentes que la aplican, como textos que han reconocido explícitamente la superioridad

de algunas normas constitucionales sobre otras (*normas supraconstitucionales*), o bien, aquellas que sin contar con tal reconocimiento explícito, implícitamente poseen —como dijera Sánchez Agesta— una superfundamentalidad, es decir, una especial constitucionalidad (*normas hiperconstitucionales*).

En esta lógica, la diferencia conceptual existente entre la *hiperconstitucionalidad* y la *supraconstitucionalidad,* consiste en que la primera es la característica implícita que poseen aquellas normas constitucionales que son continente de una carga ideológica o axiológica fundamental, y la segunda es la característica que poseen algunos preceptos constitucionales a los que el propio Poder Constituyente (originario o constituido), en lo concreto o en lo abstracto, les ha otorgado explícitamente una jerarquía superior en relación con las demás cláusulas constitucionales. Así, también debemos afirmar que la relación ideal que deben guardar tales conceptos consiste en que no deben existir normas *hiperconstitucionales* a las que no se les reconozca una *supraconstitucionalidad,* como tampoco sería conveniente que existieran normas *supraconstitucionales* sin que sean *hiperconstitucionales.*

De esta forma, consideramos que dentro de ese nivel jerárquico superior de normas constitucionales puede hacerse la siguiente dicotomía: *i*) aquellas normas que son *supraconstitucionales* debido a que explícitamente —en lo concreto o en lo abstracto— se les ha dotado de una especial jerarquía, y *ii*) aquellas normas que son *hiperconstitucionales* debido a que implícitamente se les ha reconocido su especial carga axiológica o ideológica.

Como ejemplos de normas de las nomenclaturas antes referidas podemos citar los siguientes: *i*) *supraconstitucionalidad concreta:* artículo 44 de la Constitución de Colombia de 1991, a través del cual, el constituyente de aquél país adoptó la decisión de que los derechos de los niños deberán prevalecer sobre cualquier otro derecho, con lo cual, si se actualizara un caso de contradicción normativa entre normas, y una de estas normas tutelara algún derecho de los niños, deberá preferirse ésta, debido a que le fue reconocida explícitamente una prevalencia o jerarquía superior respecto de cualquier otra, aun cuando el choque normativo o antinomia se actualice a nivel constitucional; *ii*) *supraconstitucionalidad abstracta:* son las denominadas "cláusulas de intangibilidad" que se configuran en una supraconstitucionalidad abstracta, debido a que el Poder constituyente originario determinó que sus contenidos deberían permanecer como límites materiales inalterables al Poder revisor de la Constitución (*v. gr*. art. 139 de la Constitución italiana de 1947 al señalar: "No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana"); *iii*) *hiperconstitucionalidad:* cláusulas constitucionales que establecen diferentes procedimientos de reforma, unos más agradados que otros, atendiendo precisamente a los contenidos que pretenden ser alterados. A la luz de la teoría constitucional podemos decir que este tipo de cláusulas establecen límites relativos que se imponen al Poder revisor, "…porque una vez que se ha cumplido con el procedimiento exigido —afirma Mijangos Borja— la reforma llega a ser válidamente parte de la Constitución, a diferencia de las cláusulas de intangibilidad que establecen límites absolutos al poder revisor, respecto de ciertos principios constitucionales".

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Es el máximo tribunal del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Está integrada por once ministros y funciona en Pleno o en salas. Sus sesiones son públicas, y por excepción secretas en los casos que así lo exijan la moral o el interés público. El ministro presidente, que también lo es del Consejo de la Judicatura Federal, no integra ninguna de las salas, es elegido por votación de los once ministros y dura en el cargo cuatro años sin posibilidad de reelección para un periodo inmediato posterior.

El Pleno funciona con un quórum de siete ministros, salvo en los casos que requieren votación de calificada de ocho votos, a saber: *a*) las controversias constitucionales que versen sobre disposiciones generales, respecto de las cuales sea posible declarar la invalidez con efectos generales en términos del artículo 105, fracción I, último párrafo constitucional; *b*) las acciones de inconstitucionalidad; *c*) las declaratorias generales de inconstitucionalidad; *d*) la revocación de los acuerdos generales emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal. Salvo en los casos mencionados, sus resoluciones se toman por unanimidad o por mayoría de votos. Las salas requieren la presencia de cuatro ministros para funcionar y sus resoluciones se toman por unanimidad o mayoría de votos de los ministros presentes.

Para el nombramiento de los ministros, el presidente de la República somete al Senado una terna de candidatos a fin de que dicho órgano en el plazo de 30 días, previa comparecencia de las personas propuestas, haga la designación mediante el voto de las dos terceras partes de los senadores presentes. En caso de no hacerse la designación en ese plazo, el presidente de la República elegirá al ministro dentro de esa terna. Si el Senado rechaza la terna propuesta, el presidente de la República puede enviar una segunda terna y, en caso de que el Senado la rechace, el presidente elegirá al ministro que deba cubrir la vacante. Los ministros duran en su cargo 15 años y no pueden ser reelectos, salvo que hayan ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y ejerce, entre otras, la siguientes atribuciones: conoce en exclusiva de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad; es la instancia definitiva en materia de control de la constitucionalidad de normas generales a través del juicio de amparo, competente para emitir en ese ámbito declaratorias generales de inconstitucionalidad; como máximo intérprete de la Constitución ejerce una función unificadora al resolver sobre las contradicciones de tesis suscitadas tanto en el ámbito del juicio de amparo como en materia electoral, y como garante del federalismo, resuelve las controversias sobre límites territoriales que se susciten entre las entidades federativas y conoce de los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y de los juicios sobre cumplimiento de coordinación fiscal.

En su carácter de cabeza del Poder Judicial federal, puede expedir acuerdos generales para la distribución de los asuntos entre las salas y su remisión a los tribunales colegiados de circuito, revisar las resoluciones del Consejo de

la Judicatura Federal que versen sobre designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, solicitar al Consejo que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal, así como revisar y, en su caso, revocar los acuerdos generales que el Consejo apruebe.

A partir de 2011, se han ido incorporando a la Constitución atribuciones novedosas, tales como conocer del recurso de revisión interpuesto por el Consejero Jurídico del Gobierno contra las resoluciones del organismo garante del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, en los casos en que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional; revisar de oficio e inmediatamente los Decretos expedidos por el Ejecutivo Federal en caso de la suspensión o restricción de garantías a que se refiere el artículo 29 constitucional, y resolver sobre la constitucionalidad de la materia de las consultas populares que sean convocadas por el Congreso de la Unión, previo a la emisión de la convocatoria respectiva.

A lo largo de su historia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha consolidado como un tribunal constitucional; ello principalmente a partir de las reformas constitucionales de 1994 y 2011, las cuales la han configurado como órgano encargado de la defensa del orden constitucional, tanto en el plano de los conflictos entre poderes como en el de la protección a los derechos fundamentales.

Hasta antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte no ejercía funciones de control constitucional relevantes. El régimen autoritario que marcó la mayor parte del siglo XX y que permeó a todas las esferas de la vida pública, se tradujo en la prevalencia de un constitucionalismo nominal, en el que la Constitución no era concebida como auténtica norma jurídica vinculante, sino como instrumento legitimador del poder. En ese contexto la función de la Corte se limitaba a la de órgano revisor de la legalidad y protector limitado de los derechos fundamentales clásicos, a través del juicio de amparo. Ante ese escenario, la reforma de 1994 reestructuró a la Corte y la dotó de mejores instrumentos de control de constitucionalidad mediante el fortalecimiento de las controversias constitucionales y el establecimiento de las acciones de inconstitucionalidad, al tiempo que creó al Consejo de la Judicatura Federal con el fin de reducir la carga derivada de las funciones de administración y vigilancia del Poder Judicial de la Federación que la Corte ejercía. A raíz de dicha reforma, acompañada del proceso de democratización del sistema político, la Corte consolidó su autonomía e independencia y transitó a una concepción de la Constitución en sentido normativo; sin embargo, en ausencia de una reforma en materia de amparo, su función se centró en resolver conflictos entre órganos de poder a través de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, sin que existiera un avance en la protección y desarrollo de los derechos fundamentales.

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de amparo y derechos fundamentales vinieron a rectificar la situación. El reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales como parámetro de validez de la totalidad del orden normativo y las herramientas interpretativas contenidas en el artículo 1o. son el eje de un nuevo paradigma constitucional, en el que los mecanismos de control constitucional se enfocan

a la eficaz protección de los derechos fundamentales, lo que ha empezado a traducirse en el fortalecimiento de la Corte como tribunal constitucional en la vertiente de encargado del desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Suprema Corte de Justicia de la Nación (transición democrática)

I. Una transición democrática implica un proceso de disolución de un régimen autoritario, y el establecimiento de alguna alternativa participativa al mismo; es decir que da lugar a la creación de un nuevo sistema político.

II. Si bien la Constitución de 1917 tuvo en su origen y teleología un sentido democrático, en tanto que consagró la división de poderes e intentó establecer un juego de pesos y contrapesos, así como un sistema federal, lo anterior no dejó de ser una mera formalidad, ya que en los hechos se estableció un sistema vertical centralizado en el predominio del presidente, quien contaba con amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales, convirtiéndose en la clave de todo el sistema político.

En este contexto, la Suprema Corte se desempeñaba con autonomía aunque atendiendo a consideraciones de carácter político, en asuntos de tal índole, independientemente de que éstos la mayoría de las veces no pasaban por los circuitos judiciales, ya que el árbitro que tenía la última palabra, era el titular del Ejecutivo, y las pocas cuestiones que pudieran resultar sensibles para el sistema, se resolvían atendiendo a las características de institucionalidad que caracterizaban a todos los actores del mismo, lo que se tradujo en una escasa relevancia política de la Corte, que se circunscribió a realizar una limitada protección de las garantías individuales.

El sistema gozó de un largo periodo de estabilidad hasta 1968, cuando por primera vez se cuestionó su legitimidad desde la clase media ilustrada representada por los estudiantes universitarios, quienes eran uno de los sectores destinado a formar parte de los beneficiarios del mismo.

Al movimiento estudiantil le siguió un fenómeno de guerrilla rural y urbana que, al margen de la ofensiva que se desató en su contra, generó una reacción del régimen que produjo la reforma política de 1977, que inició un proceso de liberalización que permitió abrir cauces institucionales de participación política a fuerzas antes excluidas.

En 1988 surgió la denominada *corriente democrática* dentro del partido oficial, que se tradujo en una crisis de legitimidad sistémica de tal magnitud, que obligó operar una serie de reformas legales que serían irreversibles para lograr el tránsito democrático.

Todo lo anterior fue gestando una cultura política democrática, surgiendo la participación ciudadana dirigida a promover y crear mecanismos que permitieran la vigilancia y colaboración de los individuos en las tareas del Estado, lo que originó que los márgenes de maniobra orgánicos se fueron estrechando paulatinamente hasta que la transición fue inevitable en 2000.

III. La transición mexicana, no solo no cuestionó la Constitución vigente, sino que la utilizó como uno de sus ejes, adecuándola a la realidad a través de una serie de reformas. Así, en 1987, ante el hecho de que la Corte se había convertido prácticamente en un tribunal de casación, en detrimento de su atribución esencial de máximo intérprete de la Constitución, se buscó dotarla de las herramientas necesarias para que se ocupara de los problemas estrictamente constitucionales, encomendando la problemática de legalidad a los Tribunales Colegiados de Circuito.

En 1994 se modificó la composición orgánica de la Corte, volviendo a la integración de once ministros prevista en el texto constitucional original; se estableció un sistema de control constitucional, integrado en lo fundamental por el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, y se creó al Consejo de la Judicatura Federal como órgano de administración y vigilancia del Poder Judicial, permitiéndole al máximo tribunal dedicarse a sus labores sustantivas.

En 1996 se convirtió a la acción de inconstitucionalidad en la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución, otorgando a los partidos políticos legitimación activa para interponerla.

En 1999 se amplió la facultad de la Corte para que a través de acuerdos generales, decida cuáles asuntos conocerá y cuáles serán remitidos a los Tribunales Colegiados, por haberse establecido jurisprudencia o porque los mismos no implicaran la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.

En 2006 se otorgó a organismos protectores de derechos humanos, la posibilidad de interponer acción de inconstitucionalidad.

En 2011 se operaron dos reformas complementarias entre sí; la primera de ellas, modifica sustancialmente el juicio de amparo al ampliar su objeto de tutela integrando a su ámbito de protección los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano; introduce la figura del interés legítimo que permite que se constituya como quejoso quien resulte afectado por un acto no jurisdiccional que violente un derecho reconocido por el orden jurídico o al que se le afecte una situación de derecho derivada del propio ordenamiento; altera el principio de relatividad de las sentencias introduciendo un sistema atenuado de efectos generales en el que al establecerse jurisprudencia por reiteración respecto de la inconstitucionalidad de una norma general, si la autoridad legislativa no lo subsana, la Corte puede hacer la declaratoria respectiva, salvo en materia tributaria. La segunda, establece un nuevo medio de control respecto de los decretos expedidos por el Ejecutivo, en caso de suspensión de derechos humanos y sus garantías, mismos que serán revisados de oficio por la Suprema Corte para pronunciarse respecto de su constitucionalidad.

En 2012 se modifica el esquema de la controversia constitucional, para que a través de ella se resuelvan conflictos de límites que surjan entre las entidades federativas.

Finalmente en 2013 se le otorga legitimación activa a los órganos constitucionales autónomos para que interpongan controversias constitucionales.

La anteriores reformas han convertido a la Corte en un tribunal constitucional, generando un medio civilizado y racional para la solución de con-

flictos entre entes públicos, con lo que ha asumido el rol de órgano de control jurídico de los conflictos políticos que se presentan dentro de una constelación de poderes constitucionales y fácticos, siendo el garante de la observancia de la Constitución para evitar el ejercicio abusivo del poder; lo que fomenta y protege la calidad democrática del Estado, con lo cual es ya un actor pleno de la política nacional, desempeñando así uno de los papeles fundamentales de la transición democrática mexicana.

Roberto Ávila Ornelas

Supremacía constitucional

La expresión "supremacía constitucional" hace referencia a una cualidad fundamental que debe poseer cualquier Constitución política que pretenda regir el orden jurídico de un país: la superioridad de esta respecto a otras normas jurídicas. Este rasgo cualitativo es inherente a todo texto constitucional, ya que el hecho de que sea suprema, es precisamente lo que la hace ser una Constitución verdadera.

Otra de las acepciones de la "supremacía constitucional", es la de ser conceptualizada como un principio fundamental, pues es la base, origen y razón de existencia para cualquier Estado. Por ende, la supremacía constitucional es un principio condicionante para la existencia de cualquier sistema jurídico. El principio de supremacía surge a la par de la consolidación de la Constitución como norma rectora única, aunque desde la antigüedad se concebía la idea de un orden supremo, que regulaba la vida de la comunidad. La función primigenia que tuvieron las primeras Constituciones del Estado moderno, fue limitar el poder político ante cualquier exceso que pudiese suscitarse. Posteriormente, se fueron insertando de forma paulatina en los marcos constitucionales catálogos más amplios de derechos humanos, así como mecanismos para su adecuada tutela. Una vez que la Constitución se erigió como la única fuente de creación y validación del derecho, el principio de supremacía se convirtió en el factor determinante para garantizar la efectividad y permanencia de todo sistema jurídico.

Uno de los distintos significados del concepto supremacía constitucional concierne a su condición de ente creador del sistema jurídico, en otras palabras, la Constitución es la fuente de origen y vida de toda norma jurídica vigente en un Estado determinado. Es en el texto constitucional donde se encuentra el procedimiento que debe seguir la autoridad competente, para emitir una ley. Estas pautas deben cumplirse, pues de lo contrario la norma jurídica carecerá de validez, y por ende de exigibilidad. Esta dimensión de la supremacía constitucional es de índole formal, y demuestra que toda construcción legal debe ceñirse conforme a las disposiciones constitucionales.

Además de ser el soporte de la estructura jurídica, la Constitución evidencia su carácter de norma fundamental al establecer las pautas de validación para cualquier acto o norma emitida dentro del Estado. Esto significa que la expresión "supremacía constitucional" evoca la noción de que la Constitución es el parámetro único de legitimación y validez en todo sistema jurídico. Las

actuaciones que no se adecuen, o bien, contraríen lo dispuesto por la norma constitucional, se entenderán como inválidas o nulas.

La rigidez constitucional es una característica que poseen la mayoría de las Constituciones. Dicha característica surge cuando el Poder Constituyente le confiere a la Constitución un valor formalmente superior al del resto de las normas existentes y vigentes dentro de un sistema jurídico Esta superioridad explica el hecho por el cual, las constitucionales (escritas) poseen un procedimiento expreso para su reforma, distinto del previsto para crear o modificar las leyes ordinarias. En atención a la supremacía constitucional, dicho procedimiento no puede ser tratado por un poder público ordinario, sino por un órgano cuya única y principal función sea la de reformar o adicionar el texto constitucional. Este órgano recibe el nombre de poder revisor, poder modificador o Constituyente permanente, cuyos límites formales se circunscriben a la facultad de reformar el orden constitucional. Además de este límite natural, existen otros de índole material —explícitos o implícitos— en el texto constitucional, que no pueden ser trasgredidos por el poder revisor, ya que se erigen como aspectos sustanciales y prevalentes dentro del sistema jurídico.

Otra connotación de la locución "supremacía constitucional" es la que hace referencia a la Constitución como ley jerárquicamente suprema. Las normas jurídicas vigentes en un sistema jurídico se encuentran inmersas en una relación de jerarquía y prelación entre sí. La Constitución se erige como norma primigenia, puesto que posibilita la existencia del sistema jurídico, estableciendo las pautas para la vigencia y validez de cualquier norma, razón que la ubica en la cúspide de la estructura normativa.

Se considera que las normas constitucionales son jerárquicamente superiores bajo dos perspectivas: lógica y axiológica. Bajo una perspectiva lógica, la Constitución se entiende como ley jerárquicamente suprema, cuando existe un reconocimiento expreso de la primacía que posee dentro de la estructura normativa de un Estado, teniendo como consecuencia lógica que todo acto jurídico se adecue a su contenido. En cambio, una Constitución será jerárquicamente suprema desde una vertiente axiológica, cuando se asume como depositaria de los principios fundamentales y derechos humanos de las personas.

Otra acepción trascendental del término "supremacía constitucional", es la que hace referencia a su superioridad como norma, por reconocer, y en su caso maximizar los efectos de los principios fundamentales y los derechos humanos, esto implica advertir la idea de supremacía bajo una óptica material. Después de la Segunda Guerra Mundial se generó una conciencia colectiva internacional, en torno a la necesidad de que se sustrajera de los Estados la facultad discrecional de regular y proteger a los derechos humanos. Esto trajo como efecto, la supranacionalización de los derechos humanos, los cuales vinieron a dotar de fuerza legitimadora a los textos constitucionales, fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados. Por ello no es posible concebir la existencia de un modelo constitucional, sin que se contenga una dimensión de índole sustancial o axiológica.

Como consecuencia de la expansión y ubicación de los derechos humanos como factores rectores de la actuación estatal, en diversos sistemas jurídicos se han diseñado bloques de derechos humanos o de constitucionalidad, confor-

mados por normas de carácter supremo, las cuales guardan un mismo nivel jerárquico. En tal sentido, la Constitución ya no se erige como el único parámetro de validación del sistema, sino que comparte esa función y posición con los tratados internacionales, jurisprudencia internacional, y en su caso, con las leyes ordinarias que reconocen derechos humanos. Los bloques de constitucionalidad resaltan la supremacía material de la Constitución, conformada por los derechos de la persona y los principios fundamentales, que dan soporte y legitimación a la actuación estatal. Se puede decir que en la actualidad, la acepción de "supremacía constitucional" se basa en la noción, de que el texto constitucional es el receptor de derechos humanos, y que sus respectivas garantías propician la intangibilidad de la dignidad de la persona.

Bajo esta perspectiva, el principio de supremacía no se ha reducido o mermado, sino que ha evolucionado en cuanto a su contenido. El ensanchamiento material garantiza de una mejor forma el ejercicio y tutela de los derechos humanos, fortaleciendo el estado constitucional y democrático de derecho, ubicando a la persona como razón única de ser de cualquier sistema jurídico.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

Supremacía de las Constituciones locales

Principio conforme al cual, la Constitución política como ley fundamental, es la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, por lo tanto, las demás normas de rango inferior deben subordinarse a ella. En caso contrario, las normas serán inconstitucionales. Y siendo la ley de más alto rango, debe existir un control constitucional para que todas las demás leyes se ajusten a ella, tanto en la forma como en el fondo.

Ahora bien, si los poderes públicos y los ciudadanos no estuvieran sometidos a la Constitución, la regulación constitucional carecería de sentido, en razón de lo cual la actividad de los órganos será legítima cuanto más sea acorde con ella y se respeten los límites que impone.

Si bien la supremacía significa grado máximo en determinada jerarquía, aquello que está en la cúspide de todo un sistema, adjetivada a la rama constitucional, la idea tiene diversos significados, uno, en cuanto a que la Constitución es una norma de jerarquía superior frente a las demás que componen el orden jurídico, por lo que éstas no podrán contradecirla; otro, que ese conjunto de normas son fundamentales. También se aduce que no es suficiente que en sí misma la ley fundamental sea suprema, sino que va a requerirse que provenga de un órgano popular soberano, que sea promulgada por medio de un texto escrito y que su aplicación, vigencia y eficacia normativa sea garantizada por instrumentos de legalidad y constitucionalidad sobre las leyes o actos que de ella emanan, siendo invalidados o expulsados aquellos que se contrapongan.

Así, dentro de la estructura del diseño institucional local, suele reconocerse el principio de supremacía constitucional por lo que ve a exclusivamente al ámbito de aplicación de su régimen interno, siendo el fundamento de la unidad de éste y fuente de creación de todo el sistema jurídico y de los órganos públicos estatales o provinciales.

Por lo que ve al régimen federativo mexicano, la calidad de suprema deriva de los artículos 40 y 41 de la Constitución general, donde se enfatiza que lo será solo en el orden jurídico interno de la entidad federativa, pues las leyes que expida la legislatura local son emanación del gobierno instituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, cualquier ordenamiento estará subordinado a ella, con lo que la supremacía representa el punto más elevado de jerarquía en el sistema normativo local.

En algunas entidades federativas mexicanas, como Veracruz, Colima y Nayarit, se ha dedicado un artículo de sus textos constitucionales para establecer que, en cuanto a su régimen interior corresponde, su Constitución es la ley suprema.

Inclusive, en el estado de Nayarit, corresponde al Poder Judicial garantizar la supremacía constitucional, hacer su debida interpretación, así como proteger los derechos fundamentales que ella consagra (art. 82), a través de una Sala Constitucional–Electoral la cual tendrá competencia para conocer controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; acciones de inconstitucionalidad por omisión; cuestiones de inconstitucionalidad; el juicio de protección de derechos fundamentales, y de los conflictos por límites territoriales entre dos o más municipios del estado, así como resolver la no aplicación de leyes en materia electoral contrarias a la Constitución (art. 91).

Es a partir del año 2000, en que el constitucionalismo local en la República mexicana favorece en más de veinte estados del país el principio de supremacía y su defensa ante los tribunales locales; aparece un reconocimiento a la fuerza normativa de la Constitución con carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, luego de incluirse nuevos catálogos de derechos fundamentales y los respectivos instrumentos de control constitucional.

Ahora bien, en atención a la idea de optimizar los derechos humanos, el principio de supremacía constitucional mantiene una evolución más dinámica por la influencia que ha venido ejerciendo el derecho internacional de los tratados en materia de derechos humanos, cuyas modificaciones nacionales han impactado al orden constitucional interno, de tal suerte que el ámbito internacional deja de ser un mero espectro abstracto e ideal, para convertirse en verdadero derecho aplicable y exigible.

En ese sentido, los tratados internacionales de derechos humanos se han incorporado no solo como elementos normativos de aplicación supletoria en el derecho nacional, sino también se entretejen con el ordenamiento constitucional de manera que son una extensión concordante a la misma Constitución con el mismo rango, lo que ha permitido que a la inclusión de los derechos humanos se le denomine bloque de constitucionalidad.

La expansión de los tratados no significa un debilitamiento del constitucionalismo local, toda vez que ello es producto del reconocimiento internacional de los derechos humanos, como un elemento básico de una sociedad democrática con valores universales cimentados en la dignidad de la persona. De ahí que la estructura piramidal clásica expuesta por Kelsen se ha ensanchado ahora desde la cúspide para integrar como normas supremas no solo a los contenidos de las Constituciones, sino a otros tipos normativos como son los tra-

tados internacionales o las leyes que protejan de manera semejante derechos fundamentales de las personas, así como las interpretaciones jurisprudenciales que realizan los tribunales supranacionales. Ello se evidencia, al momento de insertarse en las Constituciones cláusulas interpretativas conforme a los contenidos de los tratados, trayendo consigo apertura y eficacia en el respeto y vigencia de los derechos humanos, cuya lectura es armónica con el principio de supremacía.

Sin embargo, como principales características actuales de la supremacía constitucional en el ámbito estatal, podemos enunciar, cuando menos, que el Poder Constituyente es distinto de los poderes constituidos, que la forma externa de la Constitución es predominantemente escrita y rígida y que los órganos del poder se vean sujetos a mecanismos procesales de control cuando actos o normas no se ajustan a ella.

José Miguel Madero Estrada

Sustracción internacional parental de menores

La sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores —sustracción internacional parental de menores— tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, a saber, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y otra de ámbito regional, es decir, la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. De ambas convenciones destacamos su contenido *cuasi* idéntico por lo cual, por cuestiones de espacio y para el desarrollo de la presente voz, haremos referencia a la primera de ella en el tiempo, es decir, la Convención de La Haya de 1980.

Como punto de partida, en la Convención de La Haya de 1980 tenemos un traslado ilícito o retención ilícita de un menor o menores de dieciséis años por parte, generalmente, de uno de sus progenitores (progenitor sustractor) quebrantando los derechos de guarda y custodia detentados por uno de ellos (progenitor perjudicado) o quebrantado el derecho de visitas.

De esta manera, el artículo 3o. de la Convención de La Haya de 1980 establece que: "... el traslado o la retención se considera ilícito: 1. cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente con arreglo al derecho vigente del Estado de la última residencia habitual del menor antes de su traslado o retención; y 2. cuando éste derecho se ejercía de forma efectiva en el momento de traslado o la retención ilícita o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención".

Asimismo, el artículo 8o. de la Convención de La Haya de 1980 expresa que: "Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor".

Tenemos, entonces, que el progenitor perjudicado puede dirigirse a su Autoridad Central o dirigirse directamente a la Autoridad Central del Estado

donde tenga conocimiento de que el menor se encuentra retenido ilícitamente. Este mismo artículo establece el catálogo de documentos, información y motivos que debe incluir la solicitud, así como los complementos que se pueden anexar.

Por lo que se refiere al contenido específico, la Convención de La Haya de 1980 establece un sistema de cooperación entre autoridades para la rápida restitución de los menores en su interés superior.

En este sentido, destacamos dos artículos de la propia Convención; así el artículo 7o. menciona que las Autoridades Centrales deben colaborar entre sí, adoptando ya sea directamente o a través de intermediarios aquellas medidas que permitan: 1) localizar al menor; 2) prevenir que sufra mayores daños; 3) garantizar la restitución voluntaria; 4) buscar resolución amigable; 5) intercambiar información relativa a la situación social del menor; 6) facilitar información general sobre la legislación estatal relativa a la aplicación de este Convenio; 7) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la regulación o ejercicio efectivo del derecho de visita; 8) conceder o facilitar la asistencia judicial y jurídica; 9) garantizar la restitución del menor sin peligro, y 10) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio, eliminando sus obstáculos.

Por su parte, el artículo 10 convencional redunda en dicho principio de cooperación, tornándolo imprescindible y así estipula: "La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor".

Aprovechamos la oportunidad de este planteamiento para reforzar que es importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o amigable resolución, si bien el mecanismo de retorno o restitución es considerado como el núcleo o la base de dicha Convención, sin embargo no es ni la única ni la principal solución ofrecida por dicha normativa convencional, subrayando, de esta manera, el papel de la mediación como medio alterno de solución de controversias, una cuestión toral que se hace patente a través de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en la Sexta reunión de la comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 realizadas en junio de 2011 y enero de 2012 y su Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación.

Siguiendo con la función y contenido de cooperación de la Convención de La Haya de 1980, el artículo 9o. expresa que, en aras de incrementar la agilidad, entre las Autoridades Centrales, la recepción de una solicitud por una Autoridad Central, la cual estime que el menor se encuentre en otro Estado, se transmitirá directamente y sin demora, potenciando el multimencionado principio de cooperación entre Autoridades Centrales.

En otro orden de ideas, expresar que la persona que haya cometido el ilícito de trasladar o retener a un menor de 16 años, solo podrá hacer valer las excepciones contenidas, fundamentalmente, en los mencionados artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 (arts. 11 y 12 de la Convención Interamericana de 1989) y que se enumeran a continuación: *a*) que hubiere

transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita; *b*) que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no haya ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue traslado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; *c*) el consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse estaba al cuidado del niño; *d*) cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable; *e*) cuando el menor tenga una edad y grado de madurez que le permita tomar en cuenta su opinión y éste se oponga a su restitución; *f*) también se puede denegar la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales (art. 20 de la Convención de La Haya de 1980), y *g*) se puede hacer valer una excepción cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio (art. 12, segundo párrafo, Convenio de La Haya de 1980).

Por otra parte, es importante hacer notar, de acuerdo al art. 17 de la Convención de La Haya de 1980 que: "El hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido no justificará la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el capítulo no limitará las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento".

Por último, destacamos dos aspectos puntuales para el buen manejo y entendimiento de esta voz que se asemeja, quizá, más a un recorrido por el ABC de la sustracción internacional de menores, nos referimos a que:

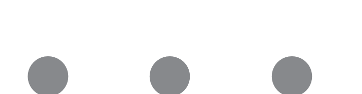
a) En ningún caso el juez ante el que se tramita o solicita la restitución decide sobre cuestiones de fondo en torno a los derechos de custodia o guarda y así se estipula en el art. 16 de la Convención de La Haya de 1980, al expresar que: "... después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente convenio para la restitución del menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio".

El juez sí decide, en cambio, en torno, una vez emitida la resolución, al derecho de visitas, art. 5o., inciso *b*) y artículo 21 de la Convención de La Haya de 1980.

b) El término que tienen las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes es de seis semanas (45 días) a partir de la fecha de inico del procedimiento (artículo 11 Convención de La Haya de 1980), dada la connotación de expedito que conllevan los casos de sustracción internacional de menores.

Nuria González Martín

T





Teoría constitucional

Etimológicamente el vocablo "teoría" se integra con la raíz griega que significa *divinidad,* dioses o Dios, y es equivalente a la voz latina "Deo" o a la azteca "Teo" —teocalli, *lugar consagrado a los dioses*—. Al paso del tiempo, el vocablo fue transformándose hasta significar el conocimiento de algo que, entrelazado, conduce a todo un sistema de abstracción que se aplica en la realidad práctica. De ahí que la "teoría" denote un conjunto de ideas previas y, al mismo tiempo, se convierta en un sistema de respuestas a interrogantes fundamentales sobre la organización institucional y la convivencia social.

A su vez, el vocablo "constitucional", si bien dotado de significados plurales que fundamentan al régimen de gobierno según una Constitución, deviene de considerar a ésta como un conjunto de normas propias de la organización estatal humana que identifican y armonizan a todo el ordenamiento jurídico del país, y a su estudio —el derecho constitucional— como aquella rama del derecho público que comprende las reglas relativas a la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos y los derechos y libertades de los ciudadanos.

En consecuencia, la teoría constitucional es el ámbito de conocimiento de aquellos conceptos y categorías jurídicas y políticas que componen el sistema constitucional fundamental del Estado. La naturaleza fundamental se sostiene en la generalización metodológica de los grandes ámbitos universales de estudio que utiliza el derecho constitucional para encontrar reflexiones acerca del concepto y elementos de la Constitución, sobre las relaciones entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias o reglamentarias, en las fuentes del derecho y las normas sobre producción jurídica, los derechos fundamentales y sus garantías, la reforma constitucional y su rigidez, así como en los principios constitucionales y la interpretación de la norma suprema, por señalar algunos que están lejos de considerarse un diálogo concluido.

Se trata, por así decirlo, de un conjunto de principios, normas y técnicas político-jurídicas que, con sujeción al fenómeno constitucional, determinan a partir de la teoría analítica y con validez universal el concepto, características, contenido y finalidad de la Constitución del Estado.

Así las cosas, la teoría constitucional no versa sobre el análisis y evaluación de la ley suprema de un Estado en particular, pues su objeto de estudio es de alcance general. Dicha teoría se funda y desarrolla dentro de los parámetros del *constitucionalismo,* de un movimiento que propugna por la promoción y defensa de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, sobre la base de servir de equilibrio y limitación al ejercicio al poder político.

Sin embargo, los temas centrales de la teoría constitucional contemporánea tienen que atemperarse a las nuevas realidades y desafíos de este siglo, cuestionando los referentes dominantes de la Constitución que han sido tratados amplia y profundamente desde la antigüedad clásica y la Edad Media hasta nuestros días, como es el caso de la soberanía y la forma en cuanto al texto escrito y codificado, por lo que la simple manifestación jurídica de la *lex fundamentalis* es objeto de constante reflexión, sobre todo en materia de derechos humanos, democracia, soberanía y jurisdicción constitucional.

En efecto, era común considerar que bajo el rubro de teoría constitucional quedaban comprendidas diferentes materias, como definir qué es una Constitución, decidir cuáles son sus elementos, qué es la soberanía, el poder constituyente, la forma de Estado y de gobierno, la supremacía constitucional, la jerarquía de leyes y la división de poderes, entre otros temas sacramentales no exentos de contradicciones.

Esa teoría tuvo su origen en elaboraciones doctrinarias de Francia y Estados Unidos de América concentradas en el estudio del Estado y del poder político. De ahí que revisarla o reconstruirla atendiendo a los imperativos de la democracia constitucional de nuestro tiempo y enriquecerla con otros temas, es una tarea pendiente.

Más allá de esto, se advierte mayor consenso acerca de la necesidad de fortalecer el campo teórico de las garantías tutelares de los derechos humanos y de los medios de control jurisdiccional donde se incluya la revisión de las decisiones discrecionales del legislador, lo cual permite —en palabras de Riccardo Guastini (Fontamara, 2001)— que un Estado sea considerado *Estado constitucional* al contar con instituciones democráticas más eficaces, para hacer valer los derechos ya sean jurisdiccionales, otros de carácter político y otros sociales en sentido amplio, incluyendo también a la transparencia, fiscalización y rendición de cuentas de la administración pública y el respeto a los derechos de las minorías.

Otro aspecto a considerar es la internacionalización de órganos y procedimientos derivados de tratados, pactos o convenciones que vincula al derecho interno, de tal suerte que se ha venido generando, a la vista de todos los países, un nuevo fenómeno conocido como la *constitucionalización del derecho internacional* o, si se quiere, la *internacionalización del derecho constitucional*, por lo que la teoría constitucional tiene que responder más profundamente a esa nueva realidad regional, interdependiente y globalizada. Lo mismo puede decirse de la incorporación a los textos constitucionales de derechos de la tercera generación vinculados al desarrollo de los pueblos, a la preservación del medio ambiente y la defensa de los recursos naturales o al mantenimiento de la paz y acrecentamiento del desarrollo económico y social.

De lo expuesto fluyen necesariamente nuevos significados teóricos que perciben a la Constitución como un sistema de valores que representa los ideales de una comunidad política y no solo en meras proclamaciones del constituyente.

Tres grandes transformaciones modificaron e irradian el plano teórico del derecho constitucional: el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución; la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional (Luis Romero Barroso, UNAM, 2008).

En razón de ese conjunto de factores, las nuevas ideas teóricas del constitucionalismo están siendo vistas desde la perspectiva del proceso de constitucionalización del sistema jurídico, con un bloque de constitucionalidad que arroja el control de la regularidad de la ley, incluyendo a los actos administrativos y a las sentencias judiciales, de manera que la Constitución, al poseer tal

fuerza normativa propia, no puede estar subordinada a la ley ni suspender su aplicación cuando sus preceptos legales y principios no lleguen a concretarse en la práctica. Por lo que el derecho constitucional y la idea misma de Constitución se han venido transformando profundamente al grado de impactar necesariamente en su investigación teórica, fenómeno que no es del exclusivo interés de la clase política o la academia, sino también de amplios grupos sociales al conocer y entrar en defensa de los derechos y garantías que ella establece, llegando a la judicatura constitucional en el mundo democrático.

José Miguel Madero Estrada

Transversalización de la perspectiva de género

La vida de las mujeres y hombres se encuentra impregnada por las relaciones de género, la cultura, la etnia, la clase, la edad, el idioma, todas ellas relaciones de poder a través de las cuales se expresan y refuerzan desigualdades y discriminaciones múltiples. Estas intersecciones biológicas-culturales-económicas demandan comprender y atender mejor las diversidades mediante una adecuada articulación de estas categorías a la hora de diseñar políticas públicas (Munévar, 2005) y analizar la realidad para su posterior transformación.

La estrategia del *mainstreaming* de género traducido al español como "transversalización" apunta a obtener mayor impacto en el objetivo de superar las discriminaciones sociales de género y alcanzar mayores niveles de igualdad entre mujeres y hombres. El concepto aparece en textos posteriores a la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer en Nairobi (1985) como resultado de las políticas para el desarrollo iniciadas en 1984, después de que se estructurara el Fondo de Naciones Unidas para la Mujer (Unifem) y se estableciera como mandato la incorporación de las mujeres y la igualdad de sus derechos a la agenda para el desarrollo (Rigat-Dflaum, 2008). Posteriormente, es adoptada en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer (1995) en Beijing con el objetivo de hacer frente al bajo impacto que estaban teniendo las diferentes políticas, programas y acciones para lograr la igualdad entre mujeres y hombres en diferentes países.

A partir de Beijing, y a pesar de no contar con directrices sobre cómo desarrollar esta estrategia, la mayor parte de las agencias del sistema de Naciones Unidas, gobiernos, agencias de cooperación bilateral y otras organizaciones de desarrollo, adoptan la transversalización de la perspectiva de género. En este contexto se identifican necesidades por definir una estrategia que involucre a todas y todos los actores, que permee el total de las acciones, acelere los cambios estructurales y además que tenga un alcance global.

Según el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), la transversalización de la perspectiva de género representa integrar el enfoque de igualdad de género de forma transversal en todas sus políticas, estrategias, programas, actividades administrativas y financieras e incluso en la cultura institucional, para contribuir verdaderamente al cambio en las situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres.

En julio de 1997, el Ecosoc definió el concepto de la tranversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera:

“Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros”.

En este contexto, la transversalización de la perspectiva de género es un proceso político a la vez que técnico, de análisis y de evaluación. Es una estrategia que involucra a las y los diferentes actores sociales en la búsqueda de la igualdad entre mujeres y hombres al mismo tiempo que denomina determinadas herramientas para el análisis de género. Se trata de un enfoque transformador, dotado de un cuerpo teórico propio, dirigido a analizar los impactos diferenciados entre mujeres y hombres, que permite tomar en cuenta las especificidades de personas como seres integrales y que, al mismo tiempo, tiene como objetivo implementar medidas para corregir las desigualdades (Rigat-Dflaum, 2008).

Maider Zilbeti Pérez

Tratados internacionales (interpretación)

I. Concepto. La interpretación de los tratados, con el fin de determinar el consenso expresado por las partes, precisa el objeto, contenido, sentido y alcance de sus disposiciones convencionales y esclarece las condiciones para su aplicación práctica. Hermenéuticamente esa operación colma vacíos, introduce correcciones, complementa textos e, incluso, previene arbitrariedad. Existen tres grandes métodos para la interpretación de los tratados, los que a su vez determinan el procedimiento a seguir: 1) teleológico: enfatiza la finalidad del tratado con independencia del texto e intención de las partes; 2) subjetivo: busca esclarecer la intención común manifestada por las partes, y 3) textual: persigue fijar el sentido corriente, natural, ordinario o usual del: *i*) texto dentro del contexto en que se utiliza; *ii*) del contexto del tratado en su conjunto, y *iii*) del objeto y fin del tratado. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), sostuvo tempranamente la preeminencia del principio del consentimiento expresado en el texto: “El punto de partida y el objeto de la interpretación es elucidar el sentido del texto, no investigar *ab initio* la intención de las partes” (A/CN.4/SER.A/1964/Add.1, pg. 54).

II. Normatividad. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 Convención), en vigor desde el 27 de enero de 1980, es el instrumento que regula esa clase de actos jurídicos y que contiene las reglas universalmente aceptadas para su interpretación (véase arts. 31, 32 y 33). Estas normas, parte del sistema jurídico internacional, se configuran como verdaderas disposiciones de cumplimiento obligatorio y no como meras indicaciones

o recomendaciones, si bien admiten la aplicación de principios distintos a los que incorporan, por lo que no configuran un marco regulatorio totalmente rígido. La CDI buscó darles ese carácter deliberadamente a partir de las prácticas consuetudinarias en la materia. Actualmente: 1) tratados, convenciones y acuerdos internacionales remiten usualmente a dichas reglas; 2) Estados, aun sin ser partes de la Convención: *a*) las consideran para adecuar su ordenamiento interno y celebrar tratados; *b*) se encuentran sujetos a ellas al consistir tanto derecho consuetudinario como la codificación de éste, y 3) tribunales, cortes y órganos creados o reconocidos por tratados las utilizan como parte de su actividad para su control, ya sea por norma o por autoridad. Esta aceptación general se debe a que esas reglas se basan en el consenso objetivo de voluntades con independencia de la naturaleza de las partes. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisó: "Para la interpretación del artículo 64… la Corte utilizará los métodos tradicionales de derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención…" (OC. 1/82, n. 33). Por su relevancia esas normas de interpretación se reprodujeron por la CDI, sin ninguna modificación, en la aún no vigente Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

III. Reglas convencionales. 1. *General de interpretación*. Un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos, considerando su objeto y fin. La CDI estimó que esos elementos interpretativos tienen carácter auténtico y obligatorio por sí mismos, por lo que debían incluirse en el art. 31 de la Convención como regla general única, separada y distinta de los medios complementarios o subsidiarios contenidos en el diverso art. 32. Dichos medios auténticos constituyen, en todas sus partes siguientes, una sola operación o unidad combinada, por lo que no se trata de un conjunto de reglas independientes: *A) contenido:* la citada regla general contiene estos principios fundamentales: *i)* buena fe: precepto básico que debe aplicarse durante el proceso de interpretación, en tratados definitivos y provisionales, a fin de cumplir la norma *pacta sunt servanda*, así como el "efecto útil" que persigue concretar la función práctica para la que fue concebido el tratado; *ii)* primacía del texto: como expresión objetiva de la voluntad de las partes; *iii)* contexto: la expresión "en el contexto de éstos" quiere significar el tratado en su totalidad, y *iv)* objeto y fin: unidad objetiva del sentido del tratado (art. 31.1); *B) contexto:* para la Convención el sentido atribuido a los términos del tratado debe tener un "efecto conforme" al considerarlo como un todo, precisamente al vincular: *i)* artículos; *ii)* preámbulo; *iii)* anexos; *iv)* todo acuerdo sobre el tratado concertado entre todas las partes con motivo de su celebración (*v. gr.* protocolos y canjes de notas), y *v)* todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado (*v. gr.* declaraciones interpretativas). En principio, el preámbulo facilita la interpretación como parte del contexto del tratado pero no como elemento

autónomo. Luego, el título del tratado, los títulos de las partes, los capítulos y las secciones también forman parte integrante del tratado (art. 31.2); *C) interpretación auténtica:* juntamente, es decir, armónicamente con el texto y contexto, debe tomarse en cuenta: *i*) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; *ii*) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, y *iii*) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, escrita o consuetudinaria, de naturaleza convencional o judicial. Estos tres elementos tienen carácter obligatorio y no se considera que por su naturaleza sean normas de interpretación de rango inferior al texto y a su contexto. No obstante, su fuerza probatoria variará según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que la práctica uniforme y universal ponga de manifiesto (art. 31.3); *D) sentido especial:* se otorga éste a un término si consta que tal fue la intención de las partes. La parte que lo invoca debe demostrarlo (art. 31.4).

2. *Medios de interpretación complementarios*. Siempre de manera ajustada a la regla general se puede recurrir a estos medios, en particular pero no solo a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, con el objeto de: A) confirmar el sentido resultante al aplicar la regla general, y B) determinar el sentido cuando esa regla general deja ambiguo u oscuro el sentido o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art. 32).

3. *Interpretación de tratado autenticado en dos o más idiomas*. La autenticación es el procedimiento que establece el texto definitivo del tratado (art. 10). En principio se presume que sus términos tienen en cada texto autenticado igual sentido (art. 33.3). En este supuesto hacen igualmente fe en cada idioma a menos que el tratado disponga o las partes convengan que, en caso de discrepancia, debe prevalecer uno de los textos (art. 33.1). Luego, la versión del tratado en idioma distinto de aquél en que fue autenticado el texto, se considera como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen (art. 33.2). Finalmente, salvo en el caso en que prevalezca un determinado texto por tratado o por acuerdo, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de la regla general y los medios de interpretación complementarios, se adoptará el sentido que mejor concilia esos textos, habida cuenta el objeto y el fin del tratado (art. 33.4).

Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández

Tribunal Constitucional (Austria)

El Tribunal Constitucional de Austria está establecido como "guardián de la Constitución", encargado de garantizar la prevalencia de la Constitución dentro del funcionamiento del Estado. Es sobre todo su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes (art. 140 *Bundesverfassung, B-VG*), la posible eliminación de ordenanzas ilegales (*Verordnungen,* art. 139 *B-VG*) y el control de

resoluciones administrativas de última instancia (desde el 1o. de enero de 2014: de decisiones de tribunales administrativos de primer instancia) dirigidas contra particulares por vía de amparo (art. 144 *B-VG*) lo que otorga al Tribunal Constitucional un papel primordial en la defensa de la Constitución y en la protección de derechos fundamentales.

El precursor histórico del Tribunal Constitucional de Austria es el "Reichsgericht", que fue establecido por el Staatsgrundgesetz de 1867. Ya el Reichsgericht tenía la tarea de proteger los derechos fundamentales incorporados en el Staatsgrundgesetz. No obstante, las competencias del Reichsgericht eran más modestas que las del Tribunal Constitucional actual. El Reichsgericht no tenía la competencia de examinar leyes en cuanto a su conformidad con la Constitución. También en lo que concierne a supuestas violaciones de derechos fundamentales por acto administrativo (Verwaltungsakt), el Reichsgericht solo podía constatar la violación pero no podía anular el acto en cuestión.

Así que el establecimiento del Tribunal Constitucional en 1920, con la competencia de controlar la constitucionalidad de leyes fue una novedad —a nivel nacional como internacional—. Como consecuencia de esto fue tomado como modelo en otros Estados ("österreichischer Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit"). Uno puede considerar a Hans Kelsen como el "padre" del Tribunal Constitucional de Austria. Para Kelsen, el Tribunal era el garante del orden democrático de la Constitución y su "niño más amado".

Desempañando un control concentrado, el Tribunal Constitucional asegura que ninguna norma general esté en desacuerdo con la Constitución, que está situada en la cúspide de la pirámide jurídica (Stufenbau der Rechtsordnung). Eso principalmente gracias a su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes (art. 140 B-VG) y de controlar la legalidad de ordenanzas del poder administrativo (Verordnungen; art. 139 B-VG). De importancia esencial en ese contexto es además su competencia de controlar las resoluciones administrativas dirigidas contra particulares por vía de amparo ("Bescheidbeschwerde", art. 144 B-VG) cuando un individuo reclama una violación de sus derechos constitucionales o una violación de sus derechos por aplicación de una norma general inconstitucional con ocasión de una resolución administrativa de última instancia (desde el 1o. enero 2014: de una decisión de un tribunal administrativo de primer instancia).

El Tribunal Constitucional desempeña también un papel importante en la solución de conflictos entre supremas instituciones constitucionales o "conflictos de competencia" (art. 138 *B-VG*). Como árbitro de conflictos de competencia (*Kompetenzgerichtshof*) el Tribunal Constitucional es la institución que resuelve conflictos de competencia entre distintos tribunales; entre tribunales y organos administrativos; así como entre autoridades públicas o instancias gubernamentales (*Behörden*) de la federación y de los *Länder* (art. 138 *B-VG*). Tambien, el Tribunal Constitucional es competente de decidir casos en lo tocante a órganos supremos del Estado (el presidente, miembros del gobierno federal y de los *Länder*), cuando éstos son acusados de un comportamiento ilegal (*Staatsgerichtshof*, art. 142 *B-VG*). Otras competencias incluyen el control de tratados internacionales en cuanto a su conformidad con la Constitución

(art. 140a *B-VG*) y cierto control en el ámbito electoral (sobre todo casos de contestación de las elecciones; art. 141 *B-VG*).

El Tribunal Constitucional está compuesto por un presidente, un vicepresidente y doce magistrados. A esos se juntan seis magistrados suplentes en casos de presentarse algún impedimento por parte de los miembros del Tribunal. Los magistrados ejercen su función —como profesión secundaria—hasta que cumplen 70 años. En cuanto a su nombramiento, el gobierno federal tiene el derecho de nombrar al presidente, al vicepresidente, a seis magistrados y a tres suplentes; la Cámara Baja del Parlamento (*Nationalrat*) elige por su parte a tres magistrados y a dos suplentes, y la Cámara con representantes de los *Länder* (*Bundesrat*) nombra a tres magistrados y a un suplente. Así que el modo de nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional establece un estrecho vínculo entre el Tribunal Constitucional y los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo) del Estado.

Esto parece especialmente importante dado que el Tribunal Constitucional representa el principio del Estado de derecho *(Rechtsstaatlichkeit)* y en su defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, entra en conflicto con el Parlamento. Sobre todo su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes pone límites a la soberanía parlamentaria. Eso se muestra en particular en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en el ámbito de derechos fundamentales. De hecho, hay una evolución importante en la postura del Tribunal al respecto. Hasta los inicios de los años 1980, el Tribunal adoptó una postura de autorrestricción o *judicial self restraint*: demostró mucha deferencia hacia el Poder Legislativo (*Gesetzgeber*) y no se consideró competente para decidir sobre preguntas de gran implicación político-jurídica. En las últimas tres décadas, por el contrario, el Tribunal Constitucional adoptó una actitud más activista (*judicial activism*), sometiendo los actos del legislador a un control siempre más exigente. Lo que parece importante desde la perspectiva de una protección efectiva de derechos fundamentales, pero que ha provocado algunos conflictos con el parlamento.

Un posible límite a la protección efectiva de derechos fundamentales es que el Tribunal Constitucional no es competente para controlar las decisiones de tribunales civiles y criminales de última instancia. Es así como, si esas decisiones violan derechos fundamentales o se basan en leyes inconstitucionales, no hay posible recurso jurídico para oponerse a ellas, no obstante, que según recién reforma (BGBl I 2013/114) individuos que consideran sus derechos violados en una decisión de un tribunal de primer instancia por la aplicación de una ley inconstitucional pueden iniciar un control de la ley respectiva a partir del 1o. de enero de 2015 (*Gesetzesbeschwerde*). Eso al menos amejora la protección de sus derechos fundamentales. A pesar de ese vacío, criticado por algunos comentaristas, en suma, el Tribunal Constitucional de Austria se muestra como guardián largamente competente y eficaz de la Constitución y defensor de los derechos fundamentales incorporados en la misma de manera eficiente.

Christina Binder

Tribunal Constitucional (Perú)

La creación de un Tribunal especializado en materia constitucional se remonta en el caso peruano, a la Constitución Política de 1979, cuyo texto reconoció la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales.

Su promotor en el ámbito legislativo fue el jurista y político peruano Javier Valle-Riestra Gonzáles, como consta de los debates realizados durante la Asamblea Constituyente 1978-1979. Por entonces, fue concebido como un órgano autónomo compuesto por nueve miembros (provenientes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) siendo sus funciones la de órgano de casación en los casos de hábeas corpus y amparos denegados en la vía judicial y de conocimiento, en el caso del proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

Al margen de la buena intención con la que fue perfilado en aquellos años, el Tribunal no pudo funcionar como se esperaba debido a diversas deficiencias en su configuración constitucional y legal, quedando virtualmente desactivado tras la ruptura constitucional de 1992. Su producción jurisprudencial por lo mismo fue bastante reducida y salvo casos muy específicos, notoriamente discreta.

Aprobada una nueva Constitución en 1993, volvió a reconocerse un nuevo órgano especializado en materia constitucional al que esta vez se le confirió el nombre mucho más omnicomprensivo de Tribunal Constitucional. Su función, al igual que en el modelo constitucional precedente, es la de órgano de control de la Constitución (art. 201, primer párrafo) asumiendo un estatus autónomo e independiente, es decir, totalmente separado del Poder Judicial como en general, del resto de órganos constitucionales.

Su entrada en funciones se produjo el 12 de julio de 1996 y salvo algunas incidencias que lo afectaron parcialmente durante algún tiempo (la destitución a tres de sus miembros entre los años 1997-2000), ha tenido actividad jurisdiccional continua.

Su regulación legal actualmente se encuentra dispensada mediante la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 28301 del 23 de julio de 2004 y desarrollada mucho más específicamente mediante Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional aprobado por Resolución Administrativa núm. 095-2004-P/TC del 2 de octubre de 2004.

El actual Tribunal Constitucional, a diferencia de su predecesor, tiene funciones notoriamente incrementadas. Ya no es simplemente un órgano de casación, sino que ahora tiene facultades de pronunciamiento en instancia definitiva y especializada en relación con los procesos hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento que hayan sido denegados en la vía judicial (art. 202, inciso 2), para cuyo efecto habrá de promoverse el llamado recurso de agravio constitucional como mecanismo procesal de acceso.

Asimismo tiene competencias para conocer y resolver de forma directa y en instancia única tanto del proceso de inconstitucionalidad de las leyes (art. 202, inciso 1), como del llamado proceso competencial (art. 201, inciso 3).

Cabe añadir que cada uno de los procesos constitucionales que son materia de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, al igual que algún otro, que solo es competencia el Poder Judicial, son objeto de regulación

específica mediante el Código Procesal Constitucional o Ley núm. 28237 del 31 de mayo de 2004.

La Constitución, por otra parte, otorga al Tribunal una conformación de siete magistrados electos directamente por el Parlamento mediante un procedimiento de votación calificada traducido en la exigencia de dos tercios del número legal de sus miembros. El periodo del cargo es formalmente de cinco años (art. 201, primer y tercer párrafos) no admitiéndose la reelección en el mismo.

Los requisitos que se exigen para ser magistrado constitucional, son en rigor, los mismos que para ser vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República (ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años) gozando por otra parte y una vez ya electos, de la inmunidad y prerrogativas que le asisten a los Congresistas de la República (art. 201, segundo párrafo).

Aunque el procedimiento de elección aquí descrito pareciera no ofrecer mayores dificultades, en la práctica se ha tornado polémico en más de una oportunidad. Esto último como consecuencia de diversos factores, pero principalmente, de la excesiva fragmentación de la representación parlamentaria a la que le ha costado enormes esfuerzos generar consenso en la designación de los candidatos a magistrado y por otro lado, del intento, poco disimulado en algunos casos, de querer politizar al Tribunal eligiendo, no precisamente a cuadros a partir de un perfil profesional óptimo, sino a razón exclusiva de intereses ideológicos o partidarios. Ello ha originado que en más de una ocasión, la designación de magistrados se haya dilatado más de lo debido dando lugar a que el periodo de quienes todavía ostentan el cargo, se haya tenido que prolongar por encima de los cinco años, al tener que verse obligados a permanecer en sus mandatos hasta el momento que se elija a sus reemplazantes (conforme lo dispone el art. 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Como resultado de estas y otras dificultades que ha presentado el modelo de designación, más de un analista, se ha inclinado en postular un futuro cambio en las reglas del juego a fin de concretizar de manera realmente eficiente y menos polémica, el proceso de elección de magistrados constitucionales.

Conviene puntualizar que en el Perú el ejercicio de la jurisdicción constitucional no solo recae en el Tribunal Constitucional, sino también en el Poder Judicial. Ello debido al modelo dual o paralelo que nos caracteriza.

Desde la perspectiva descrita los procesos constitucionales pueden ser exclusivos y compartidos. Los exclusivos son aquellos en cuyo conocimiento, trámite y resolución participa solo el Tribunal Constitucional o solo el Poder Judicial. De este modo son procesos exclusivos del Tribunal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad de las leyes y el proceso competencial, mientras que es un proceso constitucional exclusivo del Poder Judicial, el proceso de acción popular.

A su turno, son procesos constitucionales compartidos, los mecanismos procesales en cuyo conocimiento, trámite y resolución participan tanto el Po-

der Judicial como el Tribunal Constitucional, aunque en distintas etapas procesales. En este escenario se encuentran los procesos de hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento cuyo trámite inicialmente recae en el Poder Judicial, concluyendo allí cuando la sentencia es estimatoria. Por el contrario, cuando la sentencia resulta desestimatoria, se tendrá la posibilidad de acceder al Tribunal Constitucional, quien será en definitiva y por lo que respecta a la sede interna, el que tendrá la última palabra.

El modelo así configurado, ofrece un interesante reparto de funciones que permite que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, puedan tener su propio espacio de actuación. Y aunque se han dado casos de fricciones o enfrentamiento entre dichos organismos, tal vez generados como consecuencia del protagonismo que suele reivindicar para sí el Tribunal Constitucional y a una cierta parquedad del Poder Judicial al momento de pronunciarse sobre temas estrictamente constitucionales, los mismos no han sido frecuentes sino escasos, lo que refleja la utilidad del esquema en la forma en que ha sido concebido.

El Tribunal Constitucional peruano por lo demás, ha producido una frondosa jurisprudencia desde su entrada en funciones en 1996. Naturalmente ha experimentado etapas en que la misma ha sido mucho más discreta o restrictiva y en otras en cambio, más agresiva o dinámica. Ello ha sido producto no solo de los contextos institucionales por lo que ha tenido que atravesar, sino a su vez, por el enfoque jurídico perfilado por las diversas composiciones de los plenos que lo han venido conformando.

El balance general sin embargo, nos muestra un Tribunal con una cierta propensión al activismo en el que se aprecian creaciones que incluso van más allá de lo previsto por la Constitución y por la propia legislación procesal constitucional. Si esto en algunos casos resultó positivo o en otros, más bien polémico o negativo, depende del análisis de cada pronunciamiento y de las inevitables consecuencias generadas a la luz de los mismos.

Luis R. Sáenz Dávalos

Tribunal Constitucional Plurinacional

La expresión Tribunal Constitucional Plurinacional es empleada, en el sistema constitucional boliviano, para denominar al máximo y supremo intérprete de la Constitución; vale decir, al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, el mismo que realiza esta labor sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En la denominación asignada al órgano contralor de constitucionalidad, la expresión “Plurinacional” tiene su fundamento en lo siguiente.

De un lado, en el nuevo modelo de organización adoptado por Bolivia que, dada su estructura social y cultural heterogénea, adopta la cualidad de Estado plurinacional, lo que significa que el Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y gobierno estatal,

pero con el reconocimiento a esas naciones y pueblos indígenas originarios de su propio territorio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales.

En consecuencia, la expresión "Plurinacional", más allá de una mera y formal denominación, significa que el Tribunal Constitucional, en su estructura institucional y orgánica refleja la pluralidad social, étnica, cultural, política, económica y jurídica del Estado boliviano.

De otro, por mandato del art. 1o. de la Constitución, Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. En el plano jurídico, el pluralismo significa la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos; vale decir, el sistema jurídico del Estado y los diferentes sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena, originario campesinas; en ese contexto el Estado reconoce y garantiza la jurisdicción indígena originaria campesina, ejercida por las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, otorgándole una jerarquía igual a la jurisdicción ordinaria; pero, por mandato del art. 190.II de la Constitución, el ejercicio de esa jurisdicción tiene su límite en la Ley Fundamental del Estado y los derechos humanos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos; vale decir, sobre su derecho consuetudinario y sobre la impartición de justicia que realiza la jurisdicción indígena. En ese cometido, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá, entre otras, las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la constitucionalidad de su derecho consuetudinario aplicable a un caso concreto; así como los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

En coherencia con esa cualidad descrita, el Tribunal Constitucional Plurinacional, por previsión de los arts. 197.I y 198 de la Constitución y 13 de la Ley núm. 027, estará integrado por siete magistradas o magistrados titulares y siete magistrados suplentes, todos ellos elegidos por voto directo con sufragio universal con criterios de plurinacionalidad, representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino. Para la realización de las elecciones de magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional, por previsión del art. 199.II de la Constitución, habrá dos fuentes de postulación de los candidatos, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes, y la de las organizaciones de la sociedad civil, y de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

Según las normas previstas por el art. 199.I, concordante con el art. 234 de la Constitución, y el art. 17 de la Ley núm. 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, para ser elegido magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional se requiere cumplir con los siguientes requisitos: *a*) contar con nacionalidad boliviana; *b*) haber cumplido treinta y cinco años de edad; *c*) haber cumplido con los deberes militares en el caso de los varones; *d*) no tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en mate-

ria penal pendiente de cumplimiento; *e*) no estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad previstos por la Constitución y la ley; *f*) estar inscrito en el padrón electoral; *g*) hablar al menos dos idiomas oficiales del Estado; *h*) poseer título de abogado con título en provisión nacional; *i*) tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos, y *j*) no haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Por previsión del art. 200, concordante con el art. 183.I de la Constitución y el art. 14 de la Ley núm. 027, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional tienen un periodo de mandato personal por seis años sin derecho a la reelección, y cesarán en sus funciones por las siguientes causales: *a*) por cumplimiento del periodo de funciones o de su mandato; *b*) incapacidad absoluta y permanente declarada judicialmente; *c*) renuncia; *d*) sentencia penal ejecutoriada; *e*) pliego de cargo ejecutoriado; *f*) incurrir en alguna prohibición o causa de incompatibilidad, y *g*) otras establecidas por ley.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, según las normas previstas por los arts. 26, 27, 31, 32, y 34 de la Ley núm. 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, internamente se organiza de la siguiente manera: *a*) la Sala Plena, que es la reunión de los siete magistrados titulares que la integran, para ejercer las competencias y atribuciones asignadas por la Constitución y la ley; *b*) la Presidencia, ejercida por un presidente o presidenta elegido o elegida en Sala Plena mediante voto de los magistrados; *c*) tres salas especializadas, conformadas por dos magistrados titulares; el presidente o la presidenta no integra las salas especializadas; una de ellas conocerá adicional y exclusivamente las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto, y *d*) la Comisión de Admisión, que estará integrada por tres magistrados que desempeñarán sus funciones en forma rotativa y obligatoria.

Por disposición del art. 196 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene la misión de velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Es independiente con relación a los órganos del poder constituido.

Conforme a las competencias atribuidas por el art. 202 de la Constitución y art. 12 de Ley núm. 027, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad en los siguientes ámbitos:

Control de constitucionalidad sobre las normas. Ejerce control sobre la constitucionalidad de las leyes, estatutos autonómicos y cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, derecho consuetudinario de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y los reglamentos o resoluciones no judiciales de carácter normativo. Este control lo realiza de manera preventiva y correctiva.

a) El control preventivo o *a priori*. Este control lo ejerce a través de los siguientes procesos constitucionales: *a*) la absolución de las consultas que pue-

dan efectuar las autoridades legitimadas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley; *b*) absolviendo las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; *c*) absolviendo las consultas previas que planteen las autoridades con legitimación activa sobre la constitucionalidad de tratados o convenciones o convenios internacionales; *d*) absolviendo las consultas sobre la constitucionalidad de las preguntas del referendo; *e*) absolviendo las consultas sobre la constitucionalidad de los estatutos orgánicos o cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, y *f*) absolviendo la consulta sobre la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

b) El control de constitucionalidad correctivo o *a posteriori.* Este control lo ejerce a través del conocimiento y resolución de los siguientes procesos constitucionales: *a*) la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta; *b*) la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, y *c*) el recurso contra tributos, sean impuestos, tasas, patentes o contribuciones.

c) Control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político. Ejerce este control conociendo y resolviendo los siguientes procesos constitucionales: *a*) las acciones de conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; esto es, entre los órganos del poder central; *b*) las acciones de conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional y las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas; *c*) las acciones de conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y/o agroambiental, y *d*) el recurso directo de nulidad.

d) Control de constitucionalidad tutelar. Este control lo ejercen en única instancia los jueces y tribunales de garantías constitucionales, y correspondiendo al Tribunal Constitucional Plurinacional conocer y resolver los siguientes procesos constitucionales: *a*) el recurso contra resoluciones legislativas, y *b*) en grado de revisión, las resoluciones dictadas en las acciones tutelares, como ser acción de libertad (hábeas corpus), acción de amparo constitucional, acción de protección de la privacidad (hábeas data), acción de cumplimiento, y acción popular.

José Antonio Rivera Santiváñez

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Hasta 1977 la Constitución mexicana eleva al rango constitucional los principios electorales, por lo que se comenzó a establecer los órganos de protección y control jurisdiccional como tribunales contenciosos electorales, y hasta 1996 hay tribunales que forman parte de la administración de justicia federal y que desarrollan la protección de derechos políticos al margen del juicio de amparo.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene encomendada, por mandato constitucional, la responsabilidad de garantizar que todos los actos y resoluciones en la materia se sujeten en forma irrestricta a los principios de constitucionalidad y legalidad, así como de tutelar de manera

efectiva los derechos político-electorales de votar, ser votado, y de asociación y afiliación políticas.

El Tribunal se integra por una Sala Superior y cinco salas regionales, correspondientes a las cinco circunscripciones en que se divide el país para efectos electorales.

A la Sala Superior le corresponde conocer de diversos tipos de controversias además de las relacionadas con los procesos electorales federales, de tal manera que conoce las impugnaciones de todos los actos del Instituto Federal Electoral realizados entre la celebración de dichos procesos y, por lo que toca al ámbito local, recibe las impugnaciones de actos de las autoridades de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios estatales o resolver las controversias que surjan, que puedan afectar el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones.

A partir de la reforma constitucional y legal publicada el 22 de agosto de 1996 en el *Diario Oficial de la Federación*, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se constituye no solo como la máxima autoridad jurisdiccional en la materia, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes electorales (art. 105, fracc. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), sino también como un órgano especializado de dicho poder.

La inclusión al Poder Judicial de la Federación generó la autonomía orgánica y funcional del tribunal, pues, por un lado, no se encuentra subordinado a algún otro órgano o institución y, por el otro, desde un punto de vista normativo y administrativo, el tribunal cuenta con facultades para expedir las normas que rijan su funcionamiento interno.

Así, dicha autonomía generó un avance fundamental en lo que a justicia electoral se refiere, pues la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el resultado de un esfuerzo por modificar un sistema de naturaleza meramente político, por la materialización de uno de naturaleza judicial-electoral.

Ejemplo de ello, lo constituye el hecho de que por primera vez en el año 2000, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, resolvió de forma definitiva e inatacable las impugnaciones que sobre la elección de presidente de la República se presentaron, realizó el cómputo final de dicha elección y formuló la declaración de validez y de presidente electo.

Actualmente, con motivo de la reforma constitucional de 2007, el legislador estableció un sistema de justicia de carácter integral y completo, pues, por un lado, descentralizó la administración de la justicia en materia electoral al otorgar la permanencia a las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, por el otro, consolidó a dicho órgano jurisdiccional como un tribunal de constitucionalidad al otorgarle la facultad de inaplicación de leyes cuando contravengan el texto constitucional.

Como se mencionó, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se encuentra conformado por una Sala Superior (Distrito Federal) y cinco salas regionales (Monterrey, Guadalajara, Xalapa, Distrito Federal y Toluca) que funcionan de forma permanente.

Al respecto, la Sala Superior se encuentra integrada por siete magistrados y cada una de las salas regionales por tres magistrados. La presidencia de cada Sala es producto de la elección de sus respectivos integrantes, en tanto que la del Tribunal Electoral recae en el de la Sala Superior, por un periodo de cuatro años.

Los magistrados electorales que integran las salas Superior y regionales, son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales deberán satisfacer los requisitos previstos en la ley, que no podrán ser menores a los que se exige para ministro de la Suprema Corte (Sala Superior) y magistrado de Tribunal Colegiado de Circuito (salas regionales).

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es competente para conocer de impugnaciones relacionadas con: *a*) elecciones federales de diputados y senadores; *b*) elección de presidente de la República (la Sala Superior es la única instancia); *c*) actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, distintas a las anteriores; *d*) actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios y que sean determinantes para el proceso electoral; *e*) actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos; *f*) conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal y sus servidores, y *g*) conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores.

Asimismo, las salas del Tribunal Electoral cuentan con la facultad para resolver en el caso concreto, la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al respecto, la Sala Superior deberá informar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de dichas determinaciones.

La tarea de este órgano jurisdiccional electoral está referida al análisis de los procesos electorales, a la luz de los principios electorales que se han ido incorporando al constitucionalismo mexicano desde la reforma de 1977, por tal motivo el Tribunal Electoral conoce del sistema de nulidades. Las nulidades de las que conoce este órgano jurisdiccional, respecto a la contravención a la ley, provocan la anulación de los actos controvertidos, sin embargo, cuando se refiere a la contravención a la Constitución política, el Tribunal puede, como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declarar nula y sin efectos la ley, no solo un acto. Ese es el control constitucional en materia electoral que implica que no solo es la ley la que importa, sino los principios inmersos en la Constitución.

Manuel González Oropeza

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Sala Superior)

La justicia electoral como la conocemos es de reciente creación. De hecho, desde los inicios del México independiente y hasta hace relativamente pocos años, no existía un órgano jurisdiccional encargado de dirimir controversias electorales y calificar las elecciones, ni se consideraban los derechos político-electorales como derechos fundamentales.

No obstante, el 11 de abril de 1874, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encabezada por el jurista José María Iglesias como su presidente, sostuvo durante un tiempo, que el máximo tribunal contaba con facultades para resolver conflictos de índole político-electoral; específicamente señaló que el juicio de amparo procedía en contra de los actos dictados por autoridades ilegítimas, entendiéndose por tales, las que desempeñaran cargos públicos sin haber resultado electas, o que en los comicios respectivos, hubiera sido infringido algún precepto constitucional, dando así inicio a la tesis sobre la ilegitimidad o "incompetencia de origen".

Posteriormente, Ignacio L. Vallarta asumió la presidencia del Alto Tribunal, y sostuvo que dicho órgano jurisdiccional no podía conocer sobre la referida cuestión, debido a que existe una diferencia entre competencia y legitimidad, además de que la Constitución federal únicamente preveía el primero de los requisitos aludidos, con lo que se marcó la pauta para rehusar el conocimiento de asuntos de corte político-electoral, dando inicio a la tesis de la improcedencia del juicio de amparo en dicha materia.

Clausurada esta vía, el máximo tribunal de nuestro país tuvo algunas oportunidades de defender los derechos político-electorales sin mucho éxito. Una de ellas fue en 1917, dado que en la carta magna, específicamente en el artículo 97, se le dio la facultad de investigar, entre otras cuestiones, hechos que pudieran constituir violaciones al voto público. Sin embargo, en diversos momentos decidió no inmiscuirse en este tema, sosteniendo que "semejante intervención la llevaría a convertirse en dictador de las cuestiones políticas, con incalculables consecuencias" (Petición 86/52).

Asimismo, en 1977, se reformó el precepto referido ampliando dicha facultad investigadora, y a su vez se modificó el artículo 60 constitucional, el cual instauró el recurso de reclamación mediante el cual, se podía acudir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de controvertir las decisiones adoptadas por el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, relativas a la calificación de la elección de sus propios miembros, pero sus resoluciones no eran vinculantes.

Fue a partir de 1987, con la creación del Tribunal de lo Contencioso Electoral (Tricoel), que se sentaron las bases del sistema de justicia electoral que tenemos hoy en día. De su nombre, se aprecia que dicho organismo era parte de la justicia administrativa que derivó de la doctrina francesa del control jurisdiccional de los actos administrativos, constituyendo así el primer órgano jurisdiccional especializado en la materia, lo cual fue un primer paso para su consolidación.

En 1990, se creó el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Federal Electoral (Trife), los cuales tuvieron mayores atribuciones y autonomía para resolver conflictos en la materia. Sin embargo, en ciertos casos, sus resoluciones todavía podían ser modificadas por los colegios electorales.

En 1993, el Tribunal adquirió su plena autonomía ya que se dio fin a la autocalificación que llevaban a cabo los diputados y senadores mediante los colegios electorales, consolidándose como un auténtico tribunal administrativo.

Posteriormente, en 1996 se registró un cambio importante, al incorporarse este órgano jurisdiccional de índole administrativa al Poder Judicial de la

Federación, abandonando la configuración contenciosa administrativa francesa, y uniéndose a la tendencia contemporánea de la judicialización de los procedimientos contenciosos electorales, la cual opta por un sistema de medios de impugnación, que garantiza la regularidad de los actos de las autoridades electorales.

En ese momento, la justicia electoral en México había pasado de ser prácticamente inexistente, a tener un Tribunal Supremo, que conforme al recién reformado artículo 99 constitucional, cuenta con la facultad de resolver de forma definitiva e inatacable: *a*) impugnaciones atinentes a los comicios federales de diputados y senadores; *b*) controversias relativas a la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, teniendo la facultad de realizar el cómputo final de la misma, así como la declaración de validez de la elección y de presidente electo; *c*) planteamientos sobre actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones; *d*) violaciones de actos o resoluciones que afecten los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación; *e*) conflictos laborales entre el Tribunal, el Instituto Federal Electoral con sus respectivos servidores, y *f*) la determinación e imposición de sanciones en la materia.

En 2007, se dio otro gran paso, ya que el Tribunal Electoral se incorporó como una nueva magistratura constitucional y además, se le dio permanencia a las salas regionales, garantizando así un mejor acceso a la justicia y ejerciendo un control integral de la constitucionalidad de los actos de todas las autoridades electorales, al tener la facultad de inaplicar leyes en materia electoral en casos concretos por estimarlas inconstitucionales.

En la actualidad, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es, con excepción del control abstracto de constitucionalidad que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante las acciones de inconstitucionalidad, la máxima autoridad y órgano jurisdiccional especializado en la materia.

Este órgano encargado de la justicia electoral, se encuentra conformado por una Sala Superior y cinco salas regionales, cuyos miembros son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte. La primera está integrada por siete magistrados electorales, que duran en su encargo nueve años improrrogables, mientras que las segundas están integradas por tres con la misma duración en su encargo.

Es importante destacar, que el sistema de medios de impugnación en materia electoral, está conformado por auténticos medios de control de constitucionalidad que constituyen verdaderas garantías constitucionales electorales.

Asimismo, resulta relevante señalar que en este caso la administración y vigilancia del Tribunal no está encargada al Consejo de la Judicatura Federal, sino que cuenta con una Comisión de Administración, integrada por el magistrado presidente del Tribunal, un magistrado electoral el cual es nombrado por insaculación, y tres miembros del propio Consejo.

El 10 de julio de 2011, se dio una importante reforma que modificó diversas disposiciones constitucionales, pero en especial el artículo 1o., al incorporarse la interpretación *pro persona*, la cual obliga a las autoridades electorales a utilizar la interpretación más amplia en beneficio de los justiciables.

Esta modificación a la carta magna logró cambiar el alcance de la defensa de los derechos fundamentales, al establecer determinados criterios interpretativos para su efectiva protección, al tiempo que señala la manera en que las autoridades deben efectuar dicha labor.

Como se aprecia, es notable el cambio que ha tenido la justicia electoral en nuestro país, ya que pasó de ser prácticamente inexistente, a tener un órgano jurisdiccional especializado del Poder Judicial de la Federación, que en unos cuantos lustros, ha logrado consolidarse ejerciendo un control de constitucionalidad y de convencionalidad por inaplicación de las leyes electorales, en casos concretos, y que garantiza la legalidad de todos los actos y resoluciones electorales.

José Alejandro Luna Ramos

Tribunal (Sala) Constitucional de Venezuela

Venezuela no cuenta con un Tribunal Constitucional autónomo sino con una Sala Constitucional que forma parte del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en conjunto con las demás salas previstas constitucionalmente: Político Administrativa, Electoral, de Casación Social, de Casación Civil y de Casación Penal. Los magistrados y magistradas de todas estas seis salas del TSJ, incluyendo la Constitucional, integran la Sala Plena del TSJ. En principio, cada una de las salas del TSJ tiene asignadas sus competencias propias y delimitadas, no debiendo existir una relación jerárquica entre las mismas.

La Sala Constitucional es el tribunal de máxima jerarquía que ejerce jurisdicción constitucional, la cual incluye el control concentrado (abstracto) de constitucionalidad de todos los actos que se dictan en ejecución directa de la Constitución, y la revisión en última instancia de las decisiones dictadas por otros tribunales sobre acciones de amparo constitucional y de control difuso (concreto) de constitucionalidad. En efecto, el artículo 336 de la Constitución venezolana vigente desde 1999 dispone que:

"Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley".

Como tribunal constitucional, la Constitución dispone expresamente, que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del TSJ y los demás tribunales de la República. Por vía de interpretaciones constitucionales vinculantes dictadas por esa misma Sala Constitucional, y por vía de desarrollos legislativos, en concreto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia promulgada en 2010, a la Sala Constitucional se le han otorgado potestades que permiten, en la práctica, ejercer una superioridad jerárquica determinante —a menudo objeto de excesos— incluso sobre las demás salas del propio TSJ. Por ejemplo, por vía jurisprudencial se creó un *recurso extraordinario de revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes*, de aquellas dictadas por otras salas del TSJ, mediante el cual pueden ejercer el control sobre todas las sentencias dictadas por cualquier tribunal de la República —sin lapso de caducidad para el ejercicio de dicho recurso—. Igualmente, por vía legislativa, se introdujo la institución procesal del *avocamiento*, por medio del cual la Sala Constitucional, incluso de oficio, puede retirarle el conocimiento de un caso a cualquier tribunal competente de la República, incluyendo a las demás salas del TSJ, para conocerlo y decidirlo ella. Aunque estos recursos y solicitudes son de naturaleza extraordinaria, es evidente los problemas que conllevan de violaciones a las garantías fundamentales del debido proceso, incluida el juez natural.

Por estas razones, en la práctica (de constitucionalidad cuestionable) la Sala Constitucional del TSJ ostenta una firme posición de jerarquía por encima de todos los demás tribunales de la República, incluyendo las demás salas del TSJ.

TRIBUNALES

Los tribunales son órganos centrales del sistema jurídico, encargados de resolver las controversias jurídicas que les plantean los ciudadanos y las autoridades públicas, así como de dar una interpretación definitiva a la Constitución, las leyes y las demás normas del ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista idiomático, se trata de un nombre genérico que comprende otras denominaciones como las de "corte" (*court*) —usual en nuestra tradición jurídica para referirse solo a los órganos jurisdiccionales superiores o de máxima jerarquía (Suprema Corte, Corte Constitucional, Corte de Apelaciones)— y de "juzgado", que se aplica regularmente a los órganos jurisdiccionales de carácter unitario y menor jerarquía. Si bien los tribunales en sentido estricto tienden a ser *órganos colegiados*, compuestos por varios juzgadores o por varias salas (unitarias o colegiadas), también puede hablarse de tribunales unitarios (por ejemplo, los Tribunales Unitarios de Circuito del Poder Judicial de la Federación).

Los tribunales pueden ser estudiados como *institución* y como *organización*. La dimensión institucional de los tribunales se refiere a las *funciones sociales* que desempeñan. Tales funciones pueden ser muy diversas, pero siguiendo a Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) podemos hablar de tres funciones últimas: orientación de la conducta, tratamiento de los conflictos declarados y legitimación del poder.

Tratándose de los tribunales, tiene prioridad lógica el *tratamiento de los conflictos declarados*. Ferrari no habla de "solución" de los conflictos, porque en muchas ocasiones la intervención judicial no los resuelve, sino que pueden persistir e incluso agudizarse. Por otro lado, una proporción importante de los asuntos que llegan a tribunales no son conflictos en un sentido real, es decir, que una de las partes no controvierte u opone resistencia a las pretensiones de la otra. En muchos casos, los tribunales cumplen, por tanto, funciones que podríamos denominar "administrativas" o "notariales". Sin embargo, aún en esos casos, el tribunal solo puede procesar el asunto si se plantea como *controversia jurídica* entre dos partes. Podríamos decir, entonces, que los tribunales resuelven o procesan controversias jurídicas o litigios, aunque no necesariamente se trate de conflictos sociales genuinos.

La *orientación de la conducta* es una función general del derecho y particular de los tribunales. Por un lado, a través de sus resoluciones los tribunales fijan el comportamiento que deben observar las partes de la controversia a partir de la resolución. Por otra parte, envían señales a los terceros sobre la resolución que dictarían en casos iguales o similares, lo que puede influir de manera indirecta en su comportamiento. En 1979, Robert Mnookin y Lewis Kornhauser publicaron un estudio ya clásico bajo el título "Negociando bajo la sombra de la ley: el caso del divorcio". Con la expresión "sombra de la ley" hacían referencia al hecho de que los términos en que negociaban entre sí las parejas en proceso de divorcio se veían afectados por los pronunciamientos de los tribunales en anteriores juicios contenciosos. Al seguir el principio fundamental de "igual trato a los asuntos iguales", los tribunales crean *seguridad jurídica*, es decir, certeza de orientación para quienes no han sido parte en un litigio. Por

la misma razón, casi todos los sistemas judiciales cuentan con mecanismos para resolver de manera definitiva las contradicciones en que pueden incurrir entre sí los órganos jurisdiccionales.

Los tribunales *legitiman el poder*, primero, en la medida en que se trata de una vía institucional prevista en el orden jurídico vigente y que excluye la "justicia por propia mano"; segundo, porque sus resoluciones cuentan, en principio, con respaldo y consenso sociales; tercero, en cuanto dan *forma* y *permanencia* a los actos del poder.

Los tribunales son también *organizaciones*. Una organización consiste en un conjunto de *funciones* o *roles especializados* que se articulan o interrelacionan en vista de un objetivo común. De acuerdo con esta definición, un tribunal está compuesto por un conjunto de roles especializados (jueces, secretarios, actuarios, oficiales judiciales, etcétera) que se articulan para producir resoluciones jurisdiccionales a través de un procedimiento jurídicamente regulado. A la pregunta de por qué la resolución de controversias jurídicas asume una *forma organizada*, Niklas Luhmann (*El derecho de la sociedad*, 2002) responde que de esa manera se garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los jueces, reguladas por un estatuto especial, la primera de las cuales es la *prohibición de denegación de justicia*. Mientras otros órganos jurídicos no tienen obligación de crear derecho —los legisladores no están obligados a legislar ni los particulares a celebrar contratos—, los tribunales *deben* dar respuesta jurídica a toda demanda que se les plantee bajo pena de incurrir en responsabilidad.

Si bien cada tribunal es en sí mismo una organización, los tribunales tienden a formar parte de una organización más amplia, compuesta por órganos jurisdiccionales de diverso tipo y nivel, a la que se denomina Poder Judicial o Rama Judicial. En el mundo contemporáneo existen varios modelos o tipos de organización judicial. Se puede hablar así de organizaciones judiciales *unitarias*, *bifurcadas* o *segmentadas*.

Una organización judicial es unitaria si incorpora en una misma jerarquía a todos los tribunales y órganos jurisdiccionales que forman parte del mismo ordenamiento. Esto puede ocurrir inclusive si estos órganos son autónomos o pertenecen formalmente a otro poder, pero se encuentran sometidos a la autoridad de un solo tribunal máximo, como sucede en México con el Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia, a los cuales están sometidos los demás órganos jurisdiccionales a través del juicio de amparo.

Son bifurcadas las organizaciones judiciales que siguen el modelo francés de separación entre la justicia ordinaria y la justicia administrativa. La primera es encabezada por la Corte de Casación y la segunda por el Consejo de Estado. Se trata de dos ramas jurisdiccionales completas e independientes entre sí.

Podemos hablar de organizaciones judiciales segmentadas como en el caso de la República Federal de Alemania, que cuenta con *cinco* ramas jurisdiccionales ordinarias, cada una con una jerarquía completa de tribunales y un órgano máximo de carácter federal: civil y penal, laboral, administrativa, social y financiera. Cuenta además con otros tribunales especializados, como la jurisdicción constitucional y la de marcas y patentes.

Desde el punto de vista de la jerarquía, lo habitual es que una organización judicial nacional esté compuesta de tres a cuatro niveles: juzgados menores (por ejemplo, "juzgados de paz", "juzgados municipales"), juzgados o tribunales de primera instancia, tribunales de apelación y tribunales supremos (con funciones de casación o revisión).

En una organización judicial no solo se dan relaciones de distinto tipo entre los órganos jurisdiccionales que la componen, sino también con otras organizaciones, como los Consejos de la Judicatura (formen o no parte del Poder Judicial), los ministerios y las procuradurías de Justicia, las defensorías públicas y los colegios de abogados. Debido a la complejidad de estas relaciones, los tribunales no tienen control pleno sobre los procedimientos que tienen responsables de llevar, sino que su desempeño depende en buena medida del funcionamiento de las relaciones interorganizacionales.

Héctor Fix-Fierro

Tribunales constitucionales (funciones ulteriores)

A los tribunales constitucionales, debido a su carácter de órganos imparciales, se les han ido atribuyendo, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, funciones ulteriores, además del control de constitucionalidad y de las tareas de naturaleza arbitral, como la solución de conflictos de competencia entre entes, típicos de los ordenamientos descentralizados (entre Estado y regiones o entre regiones en Italia, entre *Bund* y *Länder* en Alemania, entre Estado y Comunidades Autónomas en España) y la decisión de los conflictos entre los órganos o poderes del Estado (Italia, España, Bolivia, Costa Rica, Chipre, etcétera).

En primer lugar, puede tratarse de tareas dirigidas a garantizar la continuidad en el desempeño de determinados mandatos, como la verificación del impedimento, temporal o permanente, de los sujetos titulares de determinados cargos, especialmente los jefes de Estado, y el examen de los requisitos necesarios para el *interim*. Estos tribunales a menudo participan en los procesos de *impeachment* a los presidentes, ministros u otros órganos constitucionales, con funciones consultivas, de decisión o de garantía.

En segundo lugar, a dichos órganos se puede encomendar la comprobación de la regularidad de procedimientos electorales —presidenciales o parlamentarios, pero también administrativos—, la convalidación de los resultados o la resolución de los eventuales conflictos; en Italia, a la Corte Constitucional se le remite la admisión de las preguntas de los referéndums de tipo abrogativo.

En tercer lugar, se puede tratar de funciones relacionadas con la defensa del ordenamiento democrático, sintomáticas de las denominadas «democracias protegidas». En esta categoría hay que situar la ilegalización de los partidos (normalmente llamados "anti-sistema") que, por sus objetivos y su actuación, ponen en riesgo la permanencia del ordenamiento (por ejemplo, en Alemania, Portugal, etcétera).

También los presupuestos de los partidos pueden ser sometidos al control de algunos tribunales constitucionales.

Además, si no se considera una función ulterior la decisión de los recursos individuales en casos de lesión de derechos fundamentales (recurso de amparo y *Verfassungsbeschwerde*), es única la competencia del Tribunal Constitucional Federal alemán para declarar la pérdida de los derechos fundamentales de un sujeto que haya abusado de ellos para contrastar el ordenamiento.

Finalmente, a los tribunales constitucionales se les puede involucrar en los procedimientos de reforma constitucional: en estos casos, se les atribuye la iniciativa, una función consultiva o el control de constitucionalidad, preventivo o sucesivo (Bolivia, Colombia, Chile, Moldavia, Ucrania, etcétera), lo que se puede considerar función "ulterior" tanto haciendo referencia al núcleo originario de las competencias, como desde el punto de vista sustancial, puesto que consiste en la verificación de que se haya respetado la voluntad del Poder Constituyente por parte de la reforma.

Sabrina Ragone


V



Visitaduría en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

La Visitaduría General (VG) es uno de los órganos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) que primordial, pero no exclusivamente, tiene por objeto integrar las investigaciones relativas a presuntas violaciones a los derechos humanos y determinarlas en la forma de *i*) proyecto de recomendación; *ii*) acuerdo de conclusión por no tratarse de violaciones a los derechos o por haberse resuelto en el trámite, o bien en la de *iii*) acuerdo de solución amistosa (art. 16, fr. III, RCDHDF).

Para integrar las investigaciones, los visitadores tienen facultades para: *i*) llevar a cabo inspecciones o visitas; *ii*) solicitar informes a las autoridades involucradas o bien a otras que puedan auxiliar en la investigación; *iii*) comparecer a servidores públicos; *iv*) citar y entrevistar a peritos o testigos; *v*) llevar a cabo inspecciones oculares, auditivas y de identificación; así como *vi*) todas aquellas diligencias que sean necesarias para la investigación de hechos presuntamente violatorios de derechos humanos.

Además, para el desarrollo integral del mandato de promover y proteger los derechos humanos de la CDHDF, a los VG se les pueden asignar por el presidente asuntos especiales de manera discrecional y tienen atribuciones para, entre otros: *i*) denunciar ante los órganos competentes a los servidores públicos que obstaculicen la investigación con el objeto de que sean sancionados; *ii*) solicitar a las autoridades competentes medidas precautorias, de conservación o de restitución para evitar violaciones irreparables; *iii*) en casos urgentes, solicitar a autoridades federales y de los estados de la República que se adopten dichas medidas; *iv*) iniciar investigaciones de oficio, elaborar pronunciamientos generales, proponer proyectos de modificaciones de leyes, reglamentos y de prácticas administrativas para mejorar la protección de los derechos humanos; *v*) proponer programas preventivos, y *vi*) elaborar proyectos de propuesta general, informes especiales o acuerdos de no responsabilidad.

Las VG, en el ámbito de sus competencias, como el resto de las autoridades del país están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Ello implica que en el marco de las competencia el o la VG debe interpretar las normas en favor de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos, mantener un diálogo con organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación, autoridades en todos los niveles de gobierno, así como también participar en actividades de divulgación y en las discusiones en favor de la protección de la persona.

Conforme a la legislación aplicable, los VG pueden llevar a cabo actividades académicas, pero no pueden desempeñar ningún cargo, comisión o empleo público o privado o ejercer libremente su profesión. Los visitadores tampoco pueden ser detenidos, sancionados o juzgados por opiniones ni recomendaciones que emita ni tampoco por actos realizados en ejercicio de sus facultades.

Actualmente, la CDHDF cuenta con cinco visitadurías generales que se identifican numéricamente, sin embargo, se podrán crear nuevas según se haga

necesario para brindar una mejor atención a las víctimas. Las visitadurías, por así haberlo dispuesto el presidente de la institución, se especializan en los siguientes temas: violaciones a los derechos humanos por autoridades de seguridad pública y procuración de justicia (Primera VG); debido proceso y derechos de las personas privadas de libertad (Segunda VG); derechos económicos, sociales, culturales y medio ambientales (Tercera VG); derechos de grupos específicos y violaciones graves a los derechos humanos (Cuarta VG) y derechos humanos laborales (Quinta VG).

El presidente de la CDHDF nombra libremente a los VG, quienes deberán ser nacionales mexicanos, tener más de treinta años, no haber sido condenados por delito intencional o doloso y gozar de buena reputación, probidad y reconocido prestigio público. Por lo menos el 50% de los visitadores deberán contar con el título de licenciado en derecho y al menos tres años de desempeño profesional.

Cada VG se integra por el o la titular, dos direcciones de área, visitadores y visitadoras adjuntas, así como el personal técnico y administrativo para llevar a cabo sus funciones.

El antecedente de la palabra visitaduría, como nos los recuerda José Trinidad Lanz Cárdenas, se remonta al derecho colonial, en el que se contemplaba a las “visitas” como un procedimiento mediante el cual se fiscalizaba a los oficiales reales contra conductas indebidas. Se trataba de inspectores enviados desde la península a los virreinatos o capitanías generales para verificar la actuación de las autoridades, incluidos virreyes. En otras palabras, las visitas eran una función de gobierno que supervisaba a otras autoridades e informaba al más alto representante si los inspeccionados se habían ajustado a sus mandatos legales, o habían actuado indebidamente.

La figura de visitador se incorporó en la legislación que regula las comisiones públicas de derechos humanos cuya primera expresión a nivel federal fue de una dependencia de la Secretaría de Gobernación. Tenía sentido denominarle visitadores a los funcionarios de una oficina gubernamental cuya función era la de vigilar la actuación de las demás dependencias del propio Poder Ejecutivo. En el marco del sistema ombudsman vigente, la denominación de visitadores no refleja integralmente la complejidad de las atribuciones y funciones conferidas a los altos funcionarios de instituciones autónomas. Es más adecuado el nombre de defensor adjunto, adjuntía o defensoría delegada, que emplean en otros países como por ejemplo Argentina, Colombia, España y Perú, para el personal responsable de tramitación de quejas.

En México, se cuenta con 32 instituciones defensoras de derechos humanos, una federal y 31 de los estados y el Distrito Federal, que se denominan Comisiones de Derechos Humanos. Gozan de autonomía de gestión, presupuestaria, así como también de personalidad jurídica y patrimonio propios. La autonomía implica que, entre otros, el nombramiento de los presidentes se haga por los congresos locales, en el caso del Distrito Federal, por la Asamblea Legislativa, a través de procesos transparentes en los que se debe consultar a la sociedad civil.

Conforme a la Constitución, los organismos protectores de derechos humanos conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de la autoridad

administrativa (se excluyen a las cuestiones electorales y jurisdiccionales) y podrá formular recomendaciones no vinculantes, denuncias y quejas ante otras autoridades. En concordancia con los Principios relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos o mejor conocidos como Principios de París, la CDHDF tiene como objeto la protección, defensa, vigilancia, promoción, estudio, educación y difusión de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico mexicano.

José Antonio Guevara Bermúdez




W



THE WRIT OF *CERTIORARI* IN THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

One of the peculiarities of the U.S. judicial system when compared with most other legal systems is the discretionary nature of the jurisdiction of the Supreme Court of the United States. Almost all of the cases that are decided by the Supreme Court of the United States come to the Court under its discretionary jurisdiction. The mechanism by which the Supreme Court agrees to hear such cases is the writ of *certiorari*. The writ of *certiorari* technically is an order to a lower court to deliver the record to the Supreme Court so that the Court may review the lower court's decision. A writ of *certiorari* can be sent to a federal court of appeals or to a state court of last resort.

Other than a small area of original jurisdiction and a small area of mandatory appellate jurisdiction, the Court's docket is comprised of cases that it agrees to hear under its discretionary appellate —or *certiorari*— jurisdiction. This past term of the Supreme Court, all of the 78 cases decided by the Supreme Court arrived at the Court by means of its *certiorari* jurisdiction.

The Supreme Court's discretionary appellate jurisdiction extends to cases in a federal court of appeals and to some cases from the court of last resort of a U.S. state. Cases from the federal courts of appeal typically come to the Supreme Court only after there has been a merits decision by the appellate court. The Supreme Court technically may grant the writ once an appeal has been filed in the appellate court but this is a very rare occurrence. In order to seek the writ of *certiorari* to review a state court decision, the decision under review must have been based on federal law. If the decision was based on "adequate and independent" state law grounds, then it will not be eligible for Supreme Court review; this is because the state courts of last resort are the ultimate judicial arbiters of the interpretation of their state laws; the federal court, including the Supreme Court of the United States, have no special expertise or power over *state* (as opposed to *federal*) law.

The decision whether or not to grant the writ of *certiorari* rests exclusively in the discretion of the Court. The discretionary nature of the Court's *certiorari* jurisdiction reflects the fundamental and limited role of the Supreme Court of the United States. It is not an ordinary appellate court concerned with achieving justice in individual cases; instead, the Court is focused more on the general public importance of issues and with achieving uniformity of federal law. At the end of the day, the Court's extraordinary level of control over its own docket gives the Court the power to define its own institutional role.

Rule 10 of the Rules of the Supreme Court sets forth some of the reasons justifying grant of the writ of *certiorari*. Among them are: when there is a split of authority on an important federal question among the courts of appeals and/or state courts of last resort; and when a lower court decision deals with an important question of federal law that has not been but should be settled by the Supreme Court. Rule 10 affirms that the stated bases for granting the writ are "neither controlling nor fully measuring the Court's discretion", thus reinforcing the discretionary nature of the writ.

Technically, the denial of the writ of *certiorari* is not to be construed as an expression by the Court of its view as to the merits of the case. Denial of the writ cannot be used to support the proposition that any number of the Justices believes that the case was properly decided below.

Supreme Court rules limit the length of a petition for a writ of *certiorari* to 9,000 words, and the Court admonishes petitioners to be as concise as possible. The time for petitioning for the writ of *certiorari* is 90 days after entry of the judgment below. The rules provide that the respondent may file a brief in opposition within 30 days after the case is docketed. The brief in opposition is also limited to 9,000 words. The petitioner then has the option of filing a reply brief, limited to 3,000 words in length. Any party may file a supplemental brief at any time while the petition is pending to draw the Court's attention to information that was not available at the time of the party's last submission.

The method by which the Justices have reviewed the petitions for a writ of *certiorari* has changed over time. Originally, the Chief Justice provided summaries of the facts and the issues raised in each case, which were then discussed at a conference among the Justices. In 1935, Chief Justice Hughes introduced what was called the "dead list" —a list of cases that would not be discussed by the Justices in conference—. Because not every case would be reviewed in conference, the Justices began to rely more on their clerks to write memoranda on *certiorari* petitions.

Today, most Justices review *certiorari* requests by means of the "certiorari pool". The *certiorari* pool was first suggested by Justice Powell in 1972 to ease the burden on the Justices and their staff. Under the *certiorari* pool, the Justices divide the petitions among all of their law clerks. Each clerk prepares a brief memorandum summarizing the petition and making a recommendation as to whether the writ should be granted. These memos, in turn, are circulated to all of the Justices. Based on these memoranda, the Chief Justice circulates to the Associate Justices a "discussion list" of cases to be discussed at conference. Other Justices may add additional cases to the discussion list.

The decision whether to grant the writ of *certiorari* is made under what is known as "the rule of four" —the writ will be granted if four of the nine justices agree—. Although an informal rule, it is firmly entrenched in Supreme Court procedure.

The announcement of both the grant and the denial of the writ of *certiorari* are technical, concise affairs; the Court simply issues an order stating that the writ is granted or denied. A denial is not accompanied by any explanation or justification, although in extremely rare cases one or more of the Justices may issue an opinion dissenting from the denial of the writ. The petitioner may file a motion for rehearing of the denial of a writ of certiorari. However, such motions are virtually never granted.

There is some criticism of what has been termed the Supreme Court's "shrinking plenary docket". Scholars have attributed the decline in the number of cases decided by the Supreme Court to a number of factors – including a drastic reduction in the Court's mandatory appellate jurisdiction, the

certiorari pool, and the ideological makeup of the Justices. Nevertheless, unless Congress were to act to restore some of the Court's mandatory appellate jurisdiction, the writ of *certiorari* remains the primary mechanism by which the Supreme Court reviews decisions, and its discretion remains virtually absolute.

Toni Jaeger-Fine



Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, tomo II, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 24 de abril de 2014 en Impresión Comunicación Gráfica S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, col. Santa María Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y pasta dura en heltex con tela y couché de 300 gramos para la camisa de los forros; consta de 2,500 ejemplares (impresión *offset*).